

# A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: O SEU PAPEL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fabiola Mendes Villela<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A origem do constitucionalismo. 2. A evolução da jurisdição constitucional. 3. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional. 3.1. Ativismo judicial x autocontenção. 3.2. A reserva do possível e a reserva de consistência. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O artigo discorre sobre o papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional no Brasil e sua evolução ao longo da história constitucional brasileira, bem como aborda as tensões entre democracia e constitucionalismo e a legitimidade democrática da jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jurisdição constitucional. Constitucionalismo. Legitimidade democrática.

## INTRODUÇÃO

O estudo da jurisdição constitucional nunca esteve tão presente e isto se justifica pela expansão da litigiosidade nas últimas décadas no Brasil em razão da ampliação do acesso à Justiça. Ressalta-se, assim, a importância de se analisar o papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional e sua evolução ao longo da história constitucional brasileira, especialmente a questão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e os limites dessa atuação.

Pretende-se, nesse artigo, confrontar as críticas de que os juízes, cuja investidura no Brasil não advém do voto popular, não estariam legitimados a declarar a inconstitucionalidade de leis elaboradas pelos “verdadeiros” representantes do povo e a tomar decisões políticas a serem observadas obrigatoriamente por toda a sociedade.

Nesse sentido, embora a jurisdição constitucional tenha se afirmado como um importante instrumento de contenção do poder político nas democracias contemporâneas e, por conseguinte, de proteção dos direitos fundamentais, há quem acredite que ela encontra-se em tensão dialética permanente com a democracia.

Questiona-se, assim, o fato de que as decisões de uma Corte Constitucional estão imunes a qualquer controle democrático. Elas podem declarar a nulidade de normas produzidas pelo legislativo, cujos representantes são direta e democraticamente legitimados.

Por outro lado, a jurisdição constitucional tem o poder de assegurar os direitos fundamentais, independentemente de previsão legal, em face de majorias legislativas ocasionais. Este seria um dos argumentos que reforçam a legitimidade democrática da jurisdição constitucional que a eleva à categoria de guardiã da própria democracia.

O contexto é propício à análise também do papel do juiz como agente político ou como mero aplicador da lei ao caso concreto, e os limites possíveis para a atuação do magistrado.

O presente artigo se propõe, enfim, a analisar o papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional no Brasil na efetividade dos direitos fundamentais, bem como a sua evolução ao longo da história constitucional brasileira como elemento necessário para a conso-

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Goiás (UFG) e em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-Goiás). Graduada em Jornalismo pela Universidade Federal de Goiás (UFG) e em Direito pela PUC-Goiás. Servidora pública federal.

lidação da democracia e do Estado de direito democrático.

No item 1 procede-se a uma síntese histórica do nascimento do constitucionalismo dada a importância de contextualização do tema.

O item 2 aborda a evolução e expansão da jurisdição constitucional na experiência brasileira.

O item 3 é dedicado ao estudo da legitimidade democrática da jurisdição constitucional e os limites dessa atuação. Aqui, pretende-se confrontar as críticas de que os juizes, cuja investidura não advém do voto popular, não estariam legitimados a declarar a inconstitucionalidade de leis elaboradas pelos “verdadeiros” representantes do povo e a tomar decisões políticas a serem observadas obrigatoriamente por toda a sociedade.

Nos subitens seguintes discute-se o papel do juiz como agente político ou como mero aplicador da lei ao caso concreto, e os limites possíveis para a atuação do magistrado, levando-se em conta os parâmetros existentes na sociedade como a reserva do possível e a reserva de consistência.

## 1. A ORIGEM DO CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo surgiu no contexto das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, que deram ensejo à criação do Estado Liberal. No entanto, o embrião do constitucionalismo já pode ser vislumbrado na Magna Carta de 1215 que tinha como elemento essencial a limitação do poder do estado em prol da liberdade individual. Nelson Saldanha<sup>2</sup> sustenta que as raízes do moderno constitucionalismo se assentam em concepções medievais, que já contemplavam uma certa noção de limitação do poder.

Mas foi com a queda do absolutismo, advinda das revoluções inglesa (1688), americana (1776) e francesa (1789), que prevaleceu a ideia de que o Estado deveria se guiar por uma norma positiva e garantir liberdades individuais. Assim nasceu a Constituição, como forma de limitar o poder estatal e servir aos interesses da nova classe dominante, os burgueses.

Nesse contexto, surge a concepção de Thomas Hobbes<sup>3</sup>, jusfilósofo inglês, que estima que a liberdade individual está sempre condicionada às leis civis e às ordens emanadas por quem ostenta o poder e, portanto, restringida aos interesses da República. Suas ideias foram fundamentais para a evolução constitucional que ensejou o desenvolvimento teórico do conceito de Estado e a ideiação da libertação dos cidadãos do jugo dos governantes déspotas e monarcas absolutistas. Hobbes foi assim o primeiro dos pensadores políticos da idade moderna<sup>4</sup>, a abrir caminho para a fundamentação e concretização do Direito e do Estado.

Mas foi a partir da obra de John Locke<sup>5</sup> que se inicia propriamente o liberalismo político. Assim, nasce o Estado constitucional, controlado pelo parlamento e garantidor dos novos direitos individuais. Para Locke, o homem possui um conjunto de direitos naturais inatos e originários que não são delegáveis ao Estado, limitando deste modo o poder político. Essa doutrina influenciou o constitucionalismo americano, que incorporou as ideias de Locke como forma de limitar o poder político. Tais princípios foram defendidos em um segundo momento por Montesquieu<sup>6</sup>, que, preocupado com a liberdade individual dos homens, defendeu a repartição

---

2. (Apud Binenbojm, 2004, p.16).

3. Thomas Hobbes (1588-1679), autor de *Leviatã*, obra clássica de filosofia, em que fala sobre a natureza humana e a necessidade de governos e sociedades.

4. Período compreendido pelos historiadores entre 1453, a partir da tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, até o fim da Revolução Francesa em 1789.

5. John Locke, Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil, in *Os Pensadores*, Editora Abril Cultural, 1973, p. 37/138.

6. Montesquieu (1689-1755), político, filósofo e escritor francês. Ficou famoso pela sua Teoria da Separação dos Poderes, atualmente consagrada em muitas das modernas constituições.

do poder político entre diversos órgãos do Estado. Os poderes deveriam estar separados para que, por meio deles, seus representantes não praticassem atos arbitrários e abusos que fossem prejudiciais aos cidadãos.

## 2. A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A ideia de que a jurisdição constitucional se fortalece como instituição política essencial à garantia da supremacia da constituição é fundamental para trilharmos a linha evolutiva desse processo. E foi a partir do constitucionalismo norte-americano e o modelo do judicial review of legislation (revisão judicial da legislação) que a supremacia normativa da Constituição passou a ser entendida como superação do princípio da supremacia do Parlamento tão cara à tradição inglesa. Assim, o Direito norte-americano recepcionou a tese segundo a qual os juízes devem controlar a legitimidade das leis votadas pelo legislativo, negando aplicação àquelas contrárias à common Law (direito costumeiro).

Não se pode falar em jurisdição constitucional sem antes mencionar o marco primeiro de seu surgimento a partir da histórica decisão no caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte norte-americana. Tudo começou quando, no final de 1801, o presidente norte-americano John Adams, antes do fim de seu mandato, nomeou William Marbury para um cargo no judiciário federal daquele país. Porém, antes que Marbury fosse empossado no cargo, Thomas Jefferson, do partido rival, assumiu a presidência da República e recusou-se a entregar o título a Marbury, por considerar que a nomeação só se concretizaria com a tradição do título ao nomeado. Inconformado, Marbury foi à Suprema Corte contra o secretário de Estado, James Madison, postulando o seu direito. Madison não contestou o pedido, ignorando que o caso estivesse sub-júdice. A decisão coube ao presidente da Suprema Corte John Marshall, que, por sua vez, havia sido secretário de Estado de John Adams. Ele se viu então numa situação muito complicada: se determinasse que o demandante fosse empossado, não teria como assegurar o cumprimento da decisão e poderia desmoralizar a Corte. Por outro lado, o Tribunal ficaria desmoralizado se desse razão a Jefferson que tinha ignorado a causa.

Impõe-se registrar que, naquela circunstância política, chegou-se a falar em impeachment dos juízes da Suprema Corte e que se o pedido fosse deferido não seria cumprido pelo Executivo. Diante do impasse, Marshall deu início ao julgamento pelo mérito, proclamando o direito de Marbury à posse do cargo para o qual fora nomeado. No entanto, negou o pedido por força de uma preliminar de incompetência da Corte, afastando, assim, o risco de uma crise entre Poderes. Para o reconhecimento da preliminar, entretanto, foi necessário declarar a inconstitucionalidade da lei que atribuía competência à Suprema Corte para julgar casos como aquele em exame. Em seguida, declarou inconstitucional o ato Judiciário de 1799, que fundamentava a pretensão de Marbury. O argumento utilizado foi o de que não se poderia ampliar a competência da Suprema Corte, cujas hipóteses estavam previstas na Constituição. Para Gustavo Binbenbosc (2004) a estratégia de Marshall, apesar de ter se curvado ao Executivo no caso concreto, lançou as bases, pioneiramente, para a afirmação do Judiciário como verdadeiro Poder do Estado.

No Brasil, podemos dizer que a jurisdição constitucional faz parte da história constitucional brasileira. O controle judicial de constitucionalidade originou-se na primeira Constituição da República de 1891, que previa o controle difuso. Já o controle concentrado foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 16/65, que modificou texto da Constituição de 1946, e atribuído ao Supremo Tribunal Federal.

Segundo Eduardo Cambi (2007), a jurisdição constitucional evoluiu após o fenômeno do crescimento da litigiosidade que decorreu, na verdade, da democratização do acesso à Justiça. O autor cita como exemplos práticos a criação dos juizados especiais e a tutela de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos que permitiu que questões sociais amplas e importantes fossem resolvidas celeremente. “[...] essas demandas coletivas têm proporcionado a

possibilidade do Judiciário, nos últimos anos, dar efetividade aos direitos fundamentais – sobretudo os de caráter social (previstos no artigo 6º, da CF) – o que coloca o Poder Judiciário, hoje, no centro das atenções e das perspectivas da sociedade” (CAMBI, 2007, p. 8).

E esse papel de destaque do Poder Judiciário no Brasil se deve, primordialmente, à sua competência para realizar o controle difuso de constitucionalidade. Isso significa que qualquer juiz, de primeiro grau, segundo grau ou das instâncias superiores, pode verificar, no caso concreto, se a lei ou ato normativo observou os preceitos constitucionais. Nesse sentido, ressalta o princípio da supremacia constitucional, segundo o qual nenhuma lei ou ato administrativo pode afrontar a Constituição.

### **3. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional é questão discutida amplamente nos debates acadêmicos e na doutrina jusfilosófica. Inicialmente, questiona-se o fato de juízes, desembargadores e ministros não serem agentes públicos eleitos pelo voto popular. Onde estaria então sua legitimidade para invalidar leis e atos emanados dos detentores dos Poderes Executivo e Legislativo escolhidos pelo povo? Se democracia é o governo do povo, considerando o sentido formal de democracia, de representantes escolhidos diretamente pelo povo, a atuação do Judiciário não poderia legitimar-se como democrática.

No entanto, não há como negar que magistrados e tribunais desempenham um poder político extraordinário, embora limitado pela Constituição Federal. É nesse aspecto que reside o maior argumento para se defender a legitimidade da jurisdição constitucional, ou seja, ela atua nos limites impostos pela Constituição elaborada pelos representantes diretos do povo. Não podemos nos esquecer, no entanto, que a aplicação da Constituição exige do juiz interpretação, que a atividade judicial não é simplesmente mecânica. Os limites dessa atuação serão comentados em tópicos posteriores.

Gustavo Binenbojm (2004) aponta outro ponto que compromete a legitimidade da jurisdição constitucional, qual seja, a circunstância de as decisões das Cortes Constitucionais não estarem submetidas, em regra, a qualquer controle democrático, a não ser por meio de emendas que modifiquem a jurisprudência do tribunal. Mesmo assim, as próprias emendas podem também ser objeto de declaração de inconstitucionalidade.

Vários argumentos são colocados pelos doutrinadores em resposta a estas questões. Um deles, oferecido pela doutrina constitucional clássica, diz que a jurisdição constitucional tem o papel de garantir os direitos do homem em face de maiorias legislativas ocasionais. Essa seria a justificativa filosófica bem ilustrada por Luís Roberto Barroso:

[...] a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. (BARROSO, 2009, p. 339)

Outro importante fato, citado por Barroso (2009), é que a própria Constituição, no caso a brasileira, atribui ao Supremo Tribunal Federal o poder de invalidar normas incompatíveis com ela. Este seria, segundo ele, o fundamento normativo para justificar a legitimidade da jurisdição constitucional. Assim, se a Constituição é elaborada pelos representantes do povo e ela determina os poderes do Judiciário, então este não precisa necessariamente ser constituído por meio de eleições para ser democrático. Na verdade, a compreensão da Constituição como norma jurídica superior, e a consolidação de sua força normativa, condiciona a validade de todas

as demais leis e atos produzidos pelo Estado e legitima a atuação do controle judicial.

Hans Kelsen (2003), por sua vez, fala sobre a tentação que seria a de confiar a anulação dos atos incompatíveis com a Constituição ao próprio parlamento, hipótese que ele considera politicamente ingênua uma vez que o legislativo não invalidaria uma lei por ele produzida pelo fato de ter sido declarada inconstitucional por outra instância. Ao falar sobre isso, o autor defende a existência de um tribunal constitucional que se encarregaria de invalidar atos inconstitucionais, e que seria um órgão independente de qualquer outra autoridade estatal.

Ele argumenta que a tentativa de se afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador é “simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição, em patente contradição, pois, com o direito positivo.” (KELSEN, 2003, p. 151).

Mais adiante, Kelsen afasta a ideia de que a jurisdição constitucional representa uma ameaça à separação dos poderes. O autor acredita que, na verdade, a instituição da jurisdição constitucional é a afirmação do princípio da separação dos poderes uma vez que contribuiu para o controle recíproco de uns sobre os outros. “E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão – concentração perigosa para a democracia –, mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos” (KELSEN, 2003, p. 152).

Além do entendimento Kelsiano, o pensamento de Ronald Dworkin (2006) se aprofunda no sentido de que os direitos fundamentais se revelam como uma exigência da democracia. Assim, não seria antidemocrática a atuação de um juiz que, ao proteger aqueles direitos, declarasse a inconstitucionalidade de uma lei. Nesse sentido, o Judiciário se torna um guardião da democracia.

Por outro lado, embora tenha limites, a jurisdição constitucional interfere na realidade, mas isso não significa uma invasão na autonomia pública dos indivíduos. Em outras palavras, se numa sociedade temos necessidade de tomar decisões coletivas, escolhemos atribuir essa competência a um corpo de agentes, o que legitima a sua atividade. Mas nada impede que esse mesmo povo reconheça que as leis produzidas pelo parlamento sejam apenas presumivelmente válidas, deferindo a um outro corpo de agentes, no caso o Judiciário, a competência para avaliar a compatibilidade de tais atos em relação a um conjunto de decisões consideradas fundamentais, sem as quais a própria ideia de deliberação democrática seria frustrada, segundo argumenta Mendonça (2009). Assim, “a existência desse controle e a forma de investidura dos agentes que o exercem não deixam de ser também escolhas populares” (MENDONÇA, 2004, p. 237).

Para Paulo Bonavides (2004), o controle de constitucionalidade exercido no interesse dos poderes públicos e do Executivo é aceitável e legítimo, mas somente se restrito ao previsto na Constituição. Caso contrário, o Judiciário estaria agindo ilicitamente. Por outro lado, o jurista afirma que no caso do controle para garantir os direitos fundamentais “a legitimidade é reforçada com apoio nos princípios, que são o espírito, a razão, a consciência da Constituição, o alfa e ômega de toda lei fundamental, o sentimento profundo de cidadania, que a faz intangível e inquebrantável” (BONAVIDES, 2004, p. 131).

Ademais, a atuação dos juízes invalidando atos de outros poderes públicos não significa necessariamente que essa invalidação vá de encontro à vontade da maioria da população, que pode não coincidir com a vontade de seus representantes. Há momentos sim em que os juízes são obrigados a fazer escolhas políticas, muitas vezes por delegação do próprio legislador. No entanto, essa tomada de posição é exercida nos limites da lei e da racionalidade e não pode ser vista como antidemocrática ou ofensiva à separação de poderes. Além do mais, a decisão judicial deve necessariamente ser fundamentada e isso confere legitimidade democrática a ela. Por outro lado, ela pode se tornar uma via para a manifestação de diversos segmentos sociais que não teriam espaço no sistema político. Uma decisão recente que exemplifica o papel do judiciário na conquista dos anseios mais caros à população é a decisão do Supremo Tribunal Federal favorável

à união homoafetiva, reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo.

Em suma, a jurisdição constitucional se revela potencialmente democrática, principalmente quando se abre para a participação de segmentos sociais representativos e sujeita-se à crítica pública consistente. Ela se legitima na medida em que se torna uma instância de controle. É o exemplo do *amicus curiae*<sup>7</sup>, instituto que possibilita à sociedade organizada manifestar-se acerca dos grandes temas debatidos na Suprema Corte. Para José Adércio Leite Sampaio (2002), o *amicus curiae* promove um diálogo em torno da Constituição e fomenta uma sociedade aberta de intérpretes como preconiza Peter Häberle (1997).

Todo o discurso apresentado até o momento sobre a legitimação da jurisdição constitucional enseja uma reflexão sobre os limites da atuação dos órgãos judiciais. Para o positivismo jurídico, o juiz, ao realizar o controle de constitucionalidade das leis, atua com neutralidade, fazendo valer a vontade do constituinte sobre a vontade do legislador. Nessa seara, não haveria espaço para a construção judicial e nem muito menos para a atividade criativa do magistrado. Segundo aponta Binenbojm (2004, p. 60), “a ideia é a de que a vontade da maioria governante de cada momento não pode prevalecer sobre a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental”. Desta forma, a discussão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional estaria superada pelos mitos da neutralidade do juiz e do formalismo hermenêutico defendidos pelo positivismo jurídico.

No entanto, essa visão ficou ultrapassada pela chegada do pós-positivismo e de uma nova dogmática de interpretação constitucional que reconhece a normatividade dos princípios que passam, por sua vez, a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Nesse contexto, as constituições, aí se incluindo a brasileira, são integradas por normas principiológicas e esquemáticas, de textura aberta e com alto grau de abstração, conferindo ao intérprete maior possibilidade de conformação, não se descartando a influência dos fatores políticos na atividade jurisdicional.

Barroso (2008), ao falar sobre a abertura da Constituição, ressaltou a impossibilidade de ela disciplinar, por meio de regras específicas, a complexidade do mundo real. Mais adiante ele destaca que no Brasil os princípios têm sido utilizados para fundamentar decisões importantes, que superam o legalismo estrito.

E, nesse ponto, grande parte da doutrina é assente quanto ao papel de uma Corte Constitucional na proteção da normatividade da Constituição, já que o Executivo e o Legislativo tenderiam sempre a interpretá-la de forma parcial e de acordo com os seus interesses. Até porque, no Brasil, o interesse político (privado) tem prevalecido sobre o interesse público. A ideia aqui é de que a Corte Constitucional mantém, dessa forma, o equilíbrio entre os poderes, ao exercer de forma independente o controle de constitucionalidade das leis. Porém, ao interpretar as normas os ministros acabam por reescrever a Constituição.

Na opinião de Sampaio (2002), a Constituição ganhou força normativa e se transformou num dos principais instrumentos de legitimidade e conformação política e social. Em sua obra clássica *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional* (2002), o autor examina onze argumentos em favor da legitimidade da jurisdição constitucional: a necessidade do reequilíbrio dos poderes constitucionais no estado do bem estar social (*welfare state*), a de compensar o déficit de legitimidade da prática política, o reexame das razões do legislador, o entrelaçamento entre maioria parlamentar e a competência dos tribunais, para além do seu controle pelo Legislativo, o respeito das regras do jogo democrático, a promoção dos direitos fundamentais, a posição

---

7. *Amicus curiae* é um termo de origem latina que significa “amigo da Corte”. Trata-se de uma intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. A figura do *amicus curiae* está positivada na Lei 9.868/99, que veio dispor sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

privilegiada do juiz constitucional, a argumentação como legitimidade, a legitimidade extraída do status quo e dos efeitos produzidos pelas decisões, e, por fim, as justificativas deontológicas e dogmáticas.

Em sua obra, Sampaio defende também ser o controle de constitucionalidade “um instrumento eficaz de controle do processo legislativo, especialmente para desmascarar a transformação do voto da minoria, interessada ou interesseira, na mítica vontade geral da maioria” (SAMPAIO, 2002, p. 65). Ele diz isso pelo fato de os parlamentares, ao serem eleitos, já estarem comprometidos com a defesa de grupos e lobbies que financiaram a campanha e, assim, acabam deixando de lado os interesses gerais da nação. Nesse sentido, os mandatos não seriam mais do que uma prestação de contas aos grupos de interesses que os ditos representantes do povo sustentam.

Nesse contexto, o ativismo judicial se justifica para Sampaio (2002), a compensar a falta de racionalidade do fazer político, já que o legislador renuncia ao seu papel de representante do povo. A Corte Constitucional se tornaria, assim, representante do povo ausente. No entanto, argumenta que a tentativa do Judiciário de solucionar déficits de atuação do legislativo pode contribuir para a perpetuação do problema.

Outro argumento importante apontado pelos defensores da jurisdição constitucional é o fato de que a Constituição visa proteger a própria identidade da comunidade. Nas palavras de Sampaio, “o Direito Constitucional dá vida a um sistema aberto para a pluralidade de forças, não formando um invólucro fechado, nem instaurando uma ‘totalitária tirania dos valores’, que visa atingir a uma determinada – e única – configuração social e política” (SAMPAIO, 2002, p. 73).

Nesse sentido, a Constituição seria um instrumento valioso na defesa da pluralidade mantendo uma via aberta para a inserção de novas ideias e garantindo a participação democrática de todas as forças da sociedade. Mais uma vez aqui se volta à função da jurisdição constitucional de garantir a participação igualitária dos grupos minoritários no processo político, sempre que a ala majoritária desrespeitar os direitos e prerrogativas das minorias, tentando discriminar ou impedir a participação desses grupos sociais.

Porém, mais do que garantir as forças plurais em nossa sociedade cada vez mais complexa, a jurisdição constitucional é decididamente indispensável à proteção dos direitos fundamentais. Aqui indaga-se se o juiz constitucional poderia, além de proteger os direitos expressamente declarados, revelar direitos não escritos. Ora, se o elenco de direitos fundamentais na Constituição Brasileira não é taxativo, e, considerando a posição privilegiada do juiz constitucional, e a textura aberta das normas constitucionais, não seria absurdo defender também que é função dele a proteção de direitos não escritos. Até porque a Constituição Federal de 1988 é principiológica. Além do mais, o juiz constitucional estaria distante da política e poderia exercer o seu papel com maior imparcialidade.

Por outro lado, há quem duvide da capacidade privilegiada dos juízes e sustentam que, na verdade, eles não têm preparo técnico para debater e decidir questões que fogem do entendimento de um profissional do Direito. Também questionam, como aponta Sampaio (2002), a convicção de que o judiciário seria moral e politicamente mais indicado para decidir os rumos de uma sociedade do que os demais poderes.

Para Francisco Lucas Pires (1995), os tribunais constitucionais teriam a função de conservar, promover e alargar o consenso constitucional no seio da sociedade. Segundo o autor, a ideia do consenso “é uma espécie de plasma pré-democrático sem o qual não é possível, nem a afirmação da vontade majoritária, nem o reconhecimento do pluralismo. Por isso, a garantia do consenso na argumentação concreta da Constituição é uma função radicalmente democrática [...]” (PIRES, p. 170, 1995).

Por sua vez, Moreira (1995) afirma que a existência de uma jurisdição constitucional é hoje imprescindível à legitimação e credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos, sendo elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático. Para

o autor, os dois dogmas em que tradicionalmente se baseava a contestação da legitimidade do controle judicial, ou seja a soberania do parlamento e a separação dos poderes, que expressavam a prevalência do princípio da maioria, deixaram de ter correspondência nos sistemas constitucionais contemporâneos. Assim dispõe que:

A soberania do legislador cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação de poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado. A ideia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei fundamental (MOREIRA, 1995, p. 179).

Ademais é importante ressaltar o papel de uma hermenêutica também construtiva e não meramente interpretativa. A renovação dos métodos de interpretação constitucional inclui-se dentre os maiores avanços do Direito no século XX. Esse redimensionamento teórico se deu principalmente com o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional voltada para a discussão das condições e possibilidades de efetivação do Direito.

A nova hermenêutica constitucional deve levar em conta a superioridade hierárquica da norma constitucional, traduzida na palavra supremacia, que faz com que ela se torne o fundamento de validade de todas as demais normas legais que integram o ordenamento jurídico. Segundo Barroso (2010), a supremacia constitucional é o postulado sobre o qual se assenta todo o constitucionalismo contemporâneo.

É preciso ressaltar, nesse ponto, a impossibilidade da neutralidade considerando todo o processo de interpretação constitucional, uma vez que ele pressupõe uma posição previamente assumida em relação ao direito e à vida. O próprio STF reconheceu que ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após essa idealização, é que cabe a ele recorrer à dogmática para encontrar o indispensável apoio e formalizá-la.

A interpretação constitucional esteve e está muito vinculada a uma sociedade fechada, vale dizer, aos juízes e aos procedimentos formalizados. Nesse modelo, está legalmente legitimado para interpretar o Texto Maior somente aquele escasso rol de pessoas que compõem o processo constitucional nas Cortes Constitucionais, ou seja, o juiz, as partes e seus respectivos advogados, o Ministério Público.

No entanto, Peter Häberle (1997), propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista, com a ampliação do círculo de participantes do processo de interpretação da Constituição. Em consequência, todas as pessoas que vivem no contexto regulado por uma norma constitucional podem, direta ou indiretamente, interpretá-la, razão pela qual os intérpretes da Constituição são os participantes formais do processo constitucional, vinculados às corporações, imanescentes à sociedade fechada, como também os participantes materiais do processo social traduzidos pelos órgãos estatais, cidadãos e grupos, sistema e opinião pública, inerentes à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Assim, como não são apenas os intérpretes jurídicos que vivem a Constituição, os mesmos não detêm, portanto, o monopólio de sua interpretação. São também legitimados para tal ação, mesmo que de forma indireta, todos aqueles que a vivem, pois a atualização da Constituição feita pela ação de um indivíduo constitui, pelo menos, uma interpretação constitucional antecipada.

Álvaro Cruz (2004) faz uma crítica àqueles que defendem, dentro de uma visão positivista, o fortalecimento da jurisdição constitucional concentrada pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, que enfraquece a tutela dos direitos fundamentais e ameaça a própria democracia. O autor menciona a teoria discursiva do direito e da democracia que sustenta-se na ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, o que favorece o desenvolvimento da via de exceção. Nesse sentido, a via concentrada é vista como algo centralizado e não democrático e

Cruz (2004) aposta na inevitabilidade de um modelo misto, preservando-se, assim, a convivência dos modelos difuso e concentrado.

Além do mais, a participação da sociedade aberta no processo hermenêutico-constitucional também confere à jurisdição constitucional uma maior legitimidade. Nesse sentido, o desenvolvimento de uma hermenêutica especificamente constitucional, disposta a conter, em limites racionais, a discricionariedade judicial, também tem contribuído, a seu turno, para conferir maior consistência à atividade dos juízes constitucionais.

Ronald Dworkin (1998) também afasta a discricionariedade do juiz, pois concebe o Direito como um sistema de regras e princípios, dotado de integridade, capaz de abarcar toda a variada e complexa realidade social. Em sua teoria construtivista, defende uma análise holística do sistema legal que enseja padrões objetivos capazes de guiar juízes mesmo nos casos difíceis, diminuindo, consequentemente, a possibilidade de erros judiciais. Com sua teoria explica porque o papel exercido por um número pequeno de juízes, capaz de vetar leis, pode ser conciliado com a democracia. Ele também afirma que embora ao tomar suas decisões o juiz deixe transparecer suas convicções intelectuais e filosóficas, elas não teriam uma força independente do argumento, simplesmente pelo fato de serem suas convicções. “[...] and though he will, of course, reflect his own intellectual and philosophical convictions in making that judgment, that is a very different matter from supposing that those convictions have some independent force in his argument just because they are his” (DWORKIN, 1998, p. 184).

Em suma, Dworkin (2000) se esforça por defender um ativismo judicial construtivo, fundamentado em argumentos racionais e controláveis. Ele propõe enfim, a inserção dos princípios, ao lado das regras, como fonte do Direito. Assim também argumenta John Rawls apud Binenbojm (2004) ao falar sobre o papel dos juízes do Tribunal Constitucional:

A Constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é. Uma interpretação específica da Constituição pode ser imposta à Corte por emendas, ou por uma maioria política ampla e estável, como ocorreu no caso do New Deal (BINENBOJM, 2004, p. 81).

Em sentido oposto, a compreensão de Kelsen (2003) acerca do papel da jurisdição constitucional se limita à figura do legislador negativo já que, segundo ele, a atividade jurisdicional é absolutamente determinada pela Constituição, ou seja, “ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito” (KELSEN, 2003, p. 153).

Outro fator que garante a legitimação da jurisdição constitucional, segundo Binenbojm (2004), é a participação ativa dos cidadãos nos processos de interpretação constitucional como defendia Häberle (1997). Assim, mesmo que a Corte Constitucional tenha a palavra final sobre a interpretação da Constituição, suas decisões devem ser amplamente fundamentadas e expostas ao debate público. Para Binenbojm (2004), a construção doutrinária e a manifestação da sociedade, imprensa e políticos possuem um potencial racionalizador e legitimador, ideia também defendida por Jürgen Habermas<sup>8</sup>.

Por fim, Binenbojm (2004) sustenta a posição da jurisdição como defensora dos direitos fundamentais e do próprio procedimento democrático que não poderiam conviver apartados. No entanto, enfatiza que as decisões judiciais, numa sociedade plural e aberta, devem submeter-se à crítica de juristas e também de qualquer cidadão. Assim fala sobre o verdadeiro papel do Tribunal Constitucional:

Seu papel é o de ser uma instância de reflexão nacional sobre a legitimidade das

---

<sup>8</sup>Jürgen Habermas, *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, Editora Tempo Brasileiro, 1997, 2 vol., tradução de Flávio Beno Siebeneichler. A publicação dessa obra marca a caminhada do pensador alemão do campo da sociologia empírica para o da filosofia do Direito.

suas próprias decisões. A maior contribuição de uma Corte Constitucional ao desenvolvimento civilizatório não está na verdade ou bondade intrínseca de seus julgados, mas na forma pela qual eles energizam o diálogo público e incrementam o seu grau de racionalidade (BINENBOJM, 2004, p. 119).

Um bom exemplo do debate público proporcionado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, já mencionado neste estudo, foi em torno da decisão que manifestou pela constitucionalidade da união homoafetiva. A sociedade se posicionou, debateu e enfrentou a questão. Essa decisão emblemática é um exemplo da qualidade emancipatória do direito constitucional que proporciona a discussão em torno de questões prementes da nossa sociedade cada vez mais plural e que exige o respeito e consideração sobre suas diferenças. Há de se ressaltar o momento especial vivido hoje pela jurisdição constitucional brasileira e não há como negar que a legitimidade da Constituição Federal já está enraizada na sociedade brasileira. Ela é o nosso marco consensual. Por outro lado, faz-se aqui uma crítica à instituição da súmula vinculante que instrumentaliza interpretações de cunho generalizador da norma constitucional. Afinal, se o texto constitucional requer máxima efetivação e necessidade de adequação às mutações axiológicas não será uma jurisdição constitucional concentrada e superpoderosa, mas uma hermenêutica constitucional construtiva, metodologicamente pragmática que irá instrumentalizá-la.

#### 4. ATIVISMO JUDICIAL X AUTOCONTENÇÃO

A relevância jurídica dada aos princípios constitucionais nos últimos tempos, por meio da força normativa conferida a eles beneficiou a sociedade como um todo que passou a contar com decisões importantes do Poder Judiciário. Vislumbrou-se, assim, o fortalecimento e consolidação das normas constitucionais e sua real efetividade. Para Eduardo Cambi, “afirmar que as normas constitucionais têm força normativa é reconhecer que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo” (2007, p. 6). Nesse contexto histórico, que muitos denominam de pós-positivismo, o papel do juiz também ganhou novos contornos e ele deixou de ser um mero aplicador da lei para buscar no ordenamento jurídico respostas mais amplas e eficazes aos anseios da sociedade. O magistrado passou a exercer uma interpretação proativa da Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, o que se convencionou chamar de ativismo judicial. Barroso (2009) comenta com propriedade a postura proativa do Judiciário brasileiro:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 335).

Em palestra proferida durante o XV Conamat – Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, em abril de 2010, o deputado federal Flávio Dino<sup>9</sup>, que também é magistrado de carreira, elencou o que denominou de fatos geradores que legitimam o ativismo judicial como a desconfiância e a depreciação da política, a hegemonia do neoconstitucionalis-

---

9. Fonte: Jornal Anamatra, Especial XV Conamat – de 28 de abril a 1º de maio de 2010 – Brasília – DF, pag. 11

mo, o incremento do controle de constitucionalidade, a expansão do Estado, a nova abertura das normas jurídicas, o pragmatismo jurídico e o dirigismo constitucional. Para o parlamentar, o Supremo Tribunal Federal é hoje a maior referência do “ultrativismo” do Poder Judiciário no Brasil já que ele se tornou mais intervencionista e ágil em suas decisões o que leva a crer que o Judiciário caminha para ocupar cada vez mais essa função política e se consolidar como um poder político no Estado.

O ativismo judicial foi mencionado, pela primeira vez em 1947 pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte americana. Para ele, há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos. Luiz Flávio Gomes (2009) aponta o risco do ativismo judicial que é a perda da legitimidade democrática. Segundo ele, toda vez que o Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do legislador e, nesse sentido, gera o risco “da aristocratização do Estado e do Direito”. Gomes cita o exemplo da decisão do Supremo no caso da imposição da fidelidade partidária. Os ministros, com base no princípio democrático, criaram uma regra para a perda do mandato.

No entanto, vale ressaltar aqui o pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho (2007) que afirma que mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como legisladores negativos, ao declararem a inconstitucionalidade de normas, ou criadores de direito, ao elaborarem normas para a decisão do caso, estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de poderes e ao princípio democrático. Embora advirta que:

[...] estes limites jurídico-constitucionais não têm sido suficientes para evitar aquilo que os autores chamam de ‘ativismo judicial’ à sombra do desenvolvimento e complementação jurisprudencial do direito. O desenvolvimento tem passado – sobretudo em nível dos tribunais constitucionais e dos tribunais ordinários com funções constitucionais – pela descoberta de novas funções e novas dimensões do direito (CANOTILHO, 2007, p. 91).

Barroso (2009) comenta a diferença metodológica entre o ativismo judicial e a autocontenção. Para ele, “o ativismo procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas” (2009, p. 336). A autocontenção, aliás, era a linha de atuação do Judiciário antes do advento da Constituição de 1988. O juiz só aplicava diretamente a Constituição a situações que estivessem expressamente elencadas no texto constitucional, utilizava critérios rígidos para a declaração de constitucionalidade das leis e se abstinha de interferir na definição de políticas públicas. O que hoje se vê é exatamente o contrário. O exemplo mais notório da atuação proativa do Judiciário no Brasil que impõe condutas ou abstenções ao Poder Público é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial.

E é na concretização de direitos fundamentais como à saúde que surge, segundo aponta Canotilho (2007), uma “tendência incontornável para o alargamento do espaço de discricionariedade das magistraturas no dizer do direito em nome da necessidade de assegurar a justa realização da constituição” (CANOTILHO, 2007, p. 90).

Nesse ponto, a posição de Dworkin (1998), em contraponto ao pensamento de Canotilho, parece extremamente razoável. Como dito anteriormente, para este autor, o direito vai além de normas escritas, pois é um sistema integrador de regras e princípios e o juiz poderá buscar a solução até para os casos difíceis, o que elimina, ou pelo menos diminui, a atuação discricionária do magistrado. Assim, o fato de o Tribunal Constitucional criar uma “norma” ao analisar um caso concreto à luz de princípios constitucionais, não significa que estará agindo por conta e risco, discricionariamente. O fundamento é encontrado na própria Constituição, que contém

princípios e regras de textura aberta que admitem diferentes interpretações. E não poderia ser de outra forma. Numa sociedade plural e complexa como a brasileira, o papel do juiz é o de buscar o consenso mínimo dentre as argumentações produzidas pela sociedade já que todos somos interpretes da Constituição como já debatido anteriormente neste estudo.

#### 4.1 A RESERVA DO POSSÍVEL E A RESERVA DE CONSISTÊNCIA

Eduardo Cambi (2007) ressalta que a expansão ou a restrição da jurisdição constitucional dependem de dois marcos limitativos, a reserva do possível e a reserva de consistência, que faz com que a atuação dos juízes penda de um lado ou outro, dependendo de cada circunstância. A reserva do possível está relacionada a argumentos orçamentários, ou seja, a limitação dos recursos disponíveis do Estado frente às necessidades da população. O autor argumenta, no entanto, que a sociedade não pode se ver privada do mínimo existencial e que a reserva do possível não poderia ser um obstáculo intransponível à efetivação dos direitos sociais.

Tiago Neiva Santos (2007) entende, por sua vez, que o juiz ao realizar o seu poder, constitucionalmente tutelado, deve levar em consideração razões extrajurídicas, ou seja, deve considerar que os direitos envolvem certas cargas para a sua aplicação e esta seria a base para a formação do princípio da reserva do possível. Já a reserva de consistência consiste na argumentação de que o ato ou omissão do Estado é incompatível com a Constituição. Caso o juiz não consiga fundamentar substancialmente a sua interferência na atividade política deve prevalecer no caso a autocontenção judicial.

Com o surgimento do pós-positivismo que conferiu normatividade aos princípios constitucionais, aliado a uma nova interpretação jurídica que destaca o papel criativo do juiz, e ainda considerando as modernas técnicas legislativas que adotam cláusulas gerais, é imperioso concluir que o juiz, ao dar sentido ao texto constitucional ou à lei, constrói a norma jurídica no caso concreto. Esse é o pensamento de Cambi (2007) que destaca:

A sentença é, pois, o resultado da interpretação dinâmica dos fatos à luz dos valores, princípios e regras jurídicas, a ser desenvolvido pelo juiz, não seguindo uma lógica formal (produto de um raciocínio matemático ou silogístico) nem com o intuito de se criar um preceito legal casuístico e dissociado do ordenamento jurídico, mas, dentro das amplas molduras traçadas pela Constituição, permitir, mediante a valoração específica do caso concreto, à solução mais justa dentre as possíveis (CAMBI, 2007, p. 16).

Enfim, não há como negar que a atividade jurisdicional envolva uma certa dimensão criativa da interpretação jurídica em geral, especialmente quando essa atividade recai sobre cláusulas de textura aberta, como é o caso dos princípios e até mesmo de dispositivos infraconstitucionais. O próprio legislador tem se valido dessa técnica legislativa na impossibilidade de prever todas as situações que possam surgir numa realidade cada vez mais complexa. Nesse sentido, a interpretação constitucional envolve particularidades e sempre ensejará alguma dose de criatividade do juiz, cujas decisões se respaldam na força normativa da Constituição e, portanto, terão força jurídica.

Por outro lado, como observa Mendonça (2009), toda a argumentação até aqui exposta não significa dizer que o decisionismo judicial esteja legitimado, por inexorável. "A impossibilidade de objetividade absoluta não afasta o valor ou a necessidade de se buscar a racionalidade possível". (Mendonça, p. 235, 2009)

Em suma, verifica-se a necessidade de escolhas políticas por parte dos juízes e afastam-se os mitos da neutralidade e objetividade absoluta, mas prepondera sempre a fundamentação e racionalidade das decisões que justificadas por princípios e normas constitucionais serão legítimas e justas.

## CONCLUSÃO

O presente estudo analisou o papel desempenhado pela jurisdição constitucional no Brasil que se afirmou, como visto, em um importante instrumento de contenção do poder político e de proteção dos direitos fundamentais contra maiorias legislativas ocasionais, contribuindo, em conseqüência, para a consolidação da democracia e do Estado de Direito Democrático.

Foi possível discorrer, embora de forma sucinta, sobre os principais argumentos em defesa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional e derrubar mitos arraigados como os de que o controle judicial afronta o princípio da separação dos poderes e a soberania do parlamento.

Nesse sentido, ficou claro que a própria existência do controle de constitucionalidade e a forma de investidura dos magistrados acabam sendo escolhas da própria sociedade e, por isso, são legitimamente democráticos.

Em suma, não há como afastar o papel político exercido pela jurisdição constitucional já que os juízes são, em muitos momentos, obrigados a fazer escolhas políticas, embora esse caminho seja trilhado nos limites da lei e da racionalidade e no intuito, inclusive, de combater os excessos do poder público.

Outra importante atuação do Judiciário na atualidade é na defesa de interesses constitucionalmente protegidos que aumentam à medida em que a sociedade se torna cada vez mais complexa e plural. O papel da jurisdição constitucional se tornou tão crucial para a manutenção e fortalecimento da democracia que ela protege inclusive direitos não escritos, mas que surgem do consenso e da evolução da própria sociedade, o que os juristas chamam de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de previsão legislativa.

Aliás, o consenso e a racionalidade são palavras que podem hoje traduzir o verdadeiro papel do juiz constitucional: o de buscar a justiça e a paz social entre forças plurais e diferenciadas da sociedade. A legitimidade dessa atuação restará fortalecida à medida em que as decisões se submetam à crítica consistente de todos nós, intérpretes que somos da Constituição.

Sobre o fenômeno recente do ativismo judicial no país, viu-se que ele é necessário para a concretização dos valores e fins constitucionais e que o juiz passou até mesmo a interferir na definição de políticas públicas para a garantia da dignidade humana, o que provocou o aumento do poder discricionário do magistrado. Essa atuação, marcadamente política, é uma exigência da própria sociedade. O Poder Judiciário teve suas funções ampliadas e dele se espera que desempenhe, finalmente, sua função política.

Enfim, a omissão do Poder Legislativo compromete a qualidade institucional e justifica a atuação proativa dos juízes para dar efetividade aos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Estud. av. vol.18 no. 51 São Paulo May/Aug. 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext)

BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, ano 1, n.6, 2007. Disponível em <http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>. Acesso em 18 jul. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 245, p. 87, maio/ago. 2007.

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

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. 1ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*, Editora Martins Fontes, 2000, p.41.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12921>. Acesso em: 15 jun. 2011.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDONÇA, Eduardo. A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política. *RDE: revista de direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 13, p. 211, jan./mar. 2009

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Lisboa: Coimbra Editora, 1995.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIRES, Francisco Lucas. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Lisboa: Coimbra Editora, 1995.

PIRES, Thiago Magalhães. Crônicas do subdesenvolvimento: jurisdição constitucional e democracia no Brasil. *RDE: revista de direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 12, p. 181, out./dez. 2008.

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

SANTOS, Tiago Neiva. *Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 173, p. 271, jan./mar. 2007.