

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NUMA COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS

THE ISSUE OF JUDICIAL REVIEW IN A COMMUNITY OF PRINCIPLES

DANIEL CARREIRO MIRANDA*

RESUMO

O presente artigo pretende em linhas gerais e de forma não exaustiva elucidar apontamentos acerca do controle de constitucionalidade no cenário jurídico brasileiro, a pesquisa em voga se insere nos debates atuais acerca da questão do judicial review em uma comunidade democrática de direito e de princípios. Nossa análise se desenvolverá por meio do estudo comparado, auxiliada pela cooperação e diálogo com as teorias propostas por Ronald Dworkin, Samuel L. Freeman e Jeremy Waldron. O que se critica no presente trabalho é a estrutura jurisdicional de última palavra das cortes constitucionais em casos de decisão tipicamente política num cenário de tripartição de poderes, enfrentado assim, a questão da legitimidade moral da decisão, a questão da supremacia judicial frente ao parlamento, e a questão da democracia deliberativa.

PALAVRAS-CHAVE: Revisão Judicial. Constitucionalismo. Direito Comparado.

ABSTRACT

This paper aims to broadly and is not limited to elucidate notes about judicial review in the Brazilian legal scenario, the research fits in vogue in current debates about the issue of judicial review in a democratic community of law and principles. Our analysis will be developed through the study compared aided by cooperation and dialogue with the theories proposed by Ronald Dworkin, Samuel L. Freeman and Jeremy Waldron. What is critical in this work is the ultimate judicial structure of constitutional courts in cases of typical political decision in a tripartition of power scenario faced thus the question of the moral legitimacy of the decision, the question of judicial supremacy outside Parliament, and the question of deliberative democracy.

KEYWORDS: *Judicial Review. Constitutionalism. Comparative Law.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende em linhas gerais e de forma não exaustiva elucidar apontamentos acerca do controle de constitucionalidade no nosso ordenamento pátrio, pretendemos avançar a discussão analisando criticamente as justificativas acerca da disciplina constitucional da decisão política. Seria

* Aluno do curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.
E-mail: danielcarreirimiranda@hotmail.com.

o STF a configuração institucional mais legítima, do ponto de vista democrático, para gerar decisões coletivas? E ainda, a via jurisdicional se mostra mais adequada do que a parlamentar para promover direitos fundamentais?

A teoria da separação de poderes não torna possível o esclarecimento sobre os questionamentos acima de forma convincente, coube ao Poder Judiciário a missão de vigiar a legalidade dos atos estatais infralegais, e ainda, a missão de realizar o controle de constitucionalidade.

Os Tribunais Constitucionais estão presentes em grande parte das democracias constitucionais espalhadas pelo mundo, em busca de que argumentos políticos majoritários não desrespeitem um núcleo básico de regras sobre as quais aquela sociedade política se assenta, o Tribunal constitucional é o órgão que emite, em último grau, julgamentos sobre a compatibilidade desses argumentos políticos, morais e legais, com a Constituição. Ou seja, no Brasil compete ao STF a última palavra nas controvérsias estruturais do sistema político, não ao Congresso Nacional.

2 O ASPECTO HISTÓRICO

As constituições representam o núcleo estável de um ordenamento jurídico, ao longo da história, uma zona desconfortável de argumentos se tenciona entre a ampliação da soberania popular, de um lado, e a estabilidade constitucional, de outro. Dois marcos históricos formularam um novo caminho nessa discussão, um deles é a revolução norte-americana, de 1776, e a francesa, de 1789, com o surgimento poder constituinte como sua maior contribuição. A tradição inglesa não teve a experiência de um poder constituinte, tão menos cunhou esse conceito. Já no continente, foi possível à política ocidental, a partir da Revolução Francesa, desenvolver melhor a ideia de poder constituinte. Ocorre que, com essa ideia vem também suas consequências temos que os extremos do seu eixo, coloca-se a soberania popular, como máximo democrático e na outra ponta, a Constituição. A tentativa de mesclar a legitimidade da constituição pela soberania popular é o grande invento da Revolução Francesa.

No cenário norte-americano a revolução culminou na Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787. Acomodando de forma original, a constituição americana primou pelos princípios democráticos e constitucionais, por meio de uma prodigiosa combinação, haja vista que, originária do poder constituinte do povo americano, e em plena vigência, demarcou a atuação do poder político delimitando-o.

Neste aspecto, podemos afirmar que a experiência americana superou o sistema constitucional inglês, ao perceber que constitucionalismo sem ampla democracia redundaria em absolutismo do parlamento. Segundo, Conrado Hubner, alguns aspectos foram relevantes para a evolução constitucional norte-americana frente à experiência inglesa, entre eles; a federação (repartição vertical e espacial de poderes), a tripartição de poderes (divisão orgânica e horizontal), o bicameralismo, a possibilidade de veto do presidente e a exigência de aval do senado para algumas competências presidenciais eram os principais mecanismos para promover o planejado equilíbrio.¹

Já a evolução histórica francesa do constitucionalismo possui rupturas ainda mais profundas. A Revolução Francesa rompeu o antigo regime absolutista, não podia conceber o soberano meramente como a origem e o fundamento da Constituição Francesa. A soberania popular detinha a titularidade do poder constituinte, e tinha como traço ideológico sustentar o regime revolucionário de forma permanente, sem jamais renunciar à faculdade de reformar a Constituição. Portanto, há uma grande diferença entre o poder constituinte americano e o francês, uma vez que, embora a Constituição francesa limitasse os poderes constituídos, ela não poderia circunscrever o próprio poder constituinte, representação máxima da soberania popular, já nos Estados Unidos seria possível.

Nos Estados Unidos, o parlamento passou a sofrer mais um condicionante: o controle jurisdicional de constitucionalidade. A Suprema Corte norte-americana se colocou nessa posição de instituição revisora dos atos parlamentares, deixando sua posição

1 CONRADO, HUBNER. 2010, p.45.

originária de preservação da Constituição como a *Supreme Law of the Land*, para dar um salto pra dentro do equilíbrio de forças daquele sistema constitucional.

Nasceu assim o controle judicial norte-americano de constitucionalidade, teve sua aparição embrionária na decisão do caso *Marbury v. Madison*², transformando-se em um modelo de organização política, que mais tarde influenciou outras repúblicas democráticas.

Os ideais democráticos e a concretização de direitos e garantias fundamentais após a 2ª Guerra Mundial, entram fortemente no debate constitucional de forma mais clara, com a memória dos acontecimentos recentes não era mais concebível uma democracia sem um rígido esquema constitucional que impedisse o abuso das decisões majoritárias, assim como a aceitação de

2 A indicação do caso *Marbury v. Madison* como marco de nascimento do controle judicial sobre o legislador é mais uma convenção historiográfica a ser relativizada para a melhor compreensão do fenômeno. Como tudo na história, há precedentes muito relevantes deste evento. Mostram que a decisão não emergiu no vácuo, nem da cabeça de um homem só, que num lampejo teria inventado o instituto. Foi resultado de conflitos políticos e ideológicos peculiares que conduziram os Estados Unidos a forjar uma filosofia profundamente desconfiada do legislador e da regra de maioria. A expressão mais célebre deste estado de espírito é a teoria do comportamento majoritário presente nos artigos Federalistas, especialmente no artigo X, redigido por Madison. Poder-se-iam dividir estes precedentes em quatro fases. Um primeiro precedente, mais remoto, ocorreu ainda na Inglaterra pré-Revolução Gloriosa, de 1688, que instituiu a supremacia do Parlamento. O juiz Coke ficou célebre pela doutrina da supremacia do *common law* sobre a *statutory law*, fundamento que lhe possibilitou não aplicar algumas leis monárquicas (caso *Bonham*). Esta doutrina repercutiu nas colônias inglesas da América do Norte, que permitiu aos juizes não aplicar leis dos parlamentos coloniais sob fundamento de que desrespeitavam as leis do Parlamento inglês (casos *Winthrop v. Lechmere*, 1727, e *Philips v. Savage*, 1734). Na América pós-Revolução de Independência, época de profundo ativismo das assembleias legislativas estaduais e de temor pelo despotismo majoritário, George Wythe, juiz da Suprema Corte de Virgínia, declarou, na decisão do caso *Commonwealth v. Caton*, de 1782, que um juiz poderia não aplicar uma lei contrária à Constituição. O curioso desta decisão é que John Marshall, então aluno de George Wythe, estava presente à sala do tribunal. Finalmente, já na fase dos Estados Unidos da América, podem-se identificar alguns casos em que a própria Suprema Corte americana cogitava da possibilidade de não aplicar uma lei, caso violasse a Constituição (casos *Hajburn*, de 1792, *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*, 1795, *Hylton v. United States*, 1796). Cf. Roberto Gargarella (*La justicia frente al gobierno*, p. 17), Mauro Cappelletti (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*), James Thayer (*"The origin and scope of the American doctrine of constitutional law"*, p. 139).

uma Constituição antidemocrática serviria como espaço para o surgimento de um novo regime autoritário.

Um exemplo dessa nova demanda cautelosa assumida pelo constitucionalismo no século XX foi a Lei Fundamental de Bonn (1949), que foi precursora ao criar um procedimento mais difícil para a edição de emendas à Constituição, e também por estabelecer um rol de princípios abertos (*clausulas petreas*), que não poderiam sofrer alteração sequer por emenda, conforme determina seu art. 79, § 3. Coube ao Tribunal Constitucional Federal alemão o controle da estabilidade do ordenamento jurídico nacional, afim de que afastar qualquer ameaça à esse rígido compromisso moral da Constituição.

Hans Kelsen e Carl Schmitt travaram um debate catalisador e emblemático em torno da saída mais legítima para os impasses constitucionais de Weimar. Constituição de Bonn (1949) destaca-se nesse conjunto pela adoção das cláusulas intangíveis, insuscetíveis de alteração. A Corte Constitucional alemã, a partir de então, produziu uma fecunda reflexão sobre os direitos fundamentais e passou a ser freqüentada, tanto quanto a Suprema Corte americana, pelos constitucionalistas em busca de boa jurisprudência.³

3 A QUESTÃO DO *JUDICIAL REVIEW* NUMA COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS

O nosso sistema nacional de controle de constitucionalidade vigente concilia duas tradições diferentes, uma com influência e importação incompleta do modelo norte-americano, e outra espelhada no controle concentrado alemão.

No Brasil diferentemente do controle americano, que foi resultado do ativismo judicial, o controle de constitucionalidade possui previsão expressa na Constituição. Desta forma, contamos hoje com um padrão híbrido de controle de constitucionalidade que está em algum ponto entre os modelos americano e austríaco, que adota o controle concentrado, nas mãos do Supremo Tribunal Federal, e o difuso, praticado pelos juízes togados nos tribunais da federação.

3 CONRADO, HUBNER. 2010, p.46.

Sob a égide da Constituição de 1988 a possibilidade da prática do ativismo judicial ganhou um amplo espaço para ser explorado pelos juízes, muito embora, até o momento, o Supremo Tribunal Federal continua tímido diante do lugar que a repartição de poderes lhe reservou. Não é preciso uma leitura muito criativa de suas normas para que delas se extraia a possibilidade de que um juiz intervenha numa política pública.

A partir daí questionamos acerca da “judicialização da política” a depender de quais são os legitimados a propor ações constitucionais, diferentes são os conflitos políticos derivados dessa situação. Especialmente interessantes são as ações propostas por governadores contra a Assembléia Legislativa de seus Estados, aquelas ajuizadas por partidos políticos (um veículo para o exercício da oposição democrática), por entidades de classe etc. Estes legitimados compõem a chamada “comunidade dos intérpretes” da Constituição, previstos no art. 103.⁴

Os problemas que se apresentam no presente artigo são: o Judiciário tem competência democrática para extrair uma lei do ordenamento jurídico estatal, sobrepondo-se à decisão do Parlamento? Em que sentido o controle de constitucionalidade é o meio compatível com esse fim? Por imposição lógica, essa decisão tem de ser contramajoritária?

4 DWORKIN E A INTERPRETAÇÃO MORAL DA CONSTITUIÇÃO

Ronald Dworkin demonstrou através de sua teoria da leitura moral da Constituição, que técnicas de interpretação da constituição que almejam retirar do interprete a liberdade para definir o conteúdo das normas jurídicas abstratas mascaram decisões substantivas de fundo.

Segundo o autor norte-americano, o ato do juiz só respeita a democracia na medida em que se abra, com transparência e sinceridade, ao argumento de princípio. O autor sustenta que juízes

4 Cf. VIANNA; et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil, 1999. p. 47.

podem legitimamente anular uma decisão política tomada pela maioria legislativa não apenas sem causar danos à democracia, mas, ao contrário, aperfeiçoando-a.

A teoria “dworkiana” estabelece um método de interpretação fundado na diferenciação dos denominados argumentos de princípio e de política (*policy*), que visam justificar uma resposta certa para os “hard cases”. A responsabilidade de impregnar as decisões coletivas em uma dimensão argumentativa de tipo superior é do magistrado. Para Dworkin, a moralidade é imanente aos direitos individuais, sendo assim, o que se apresenta na verdade é uma teoria da decisão. Seu conceito de direito está vinculado à prestação jurisdicional, “Direito é uma questão de direitos defensáveis no Tribunal”⁵.

A principal crítica da teoria de Dworkin vai de encontro ao positivismo jurídico, a questão posta por ele é: como o juiz deve decidir quando a resposta não está no texto, pois a palavra escrita nas normas não prevê solução para um conflito? Neste ponto, a crítica ataca o positivismo para estabelecer uma diferenciação entre o Direito e a Moral. Segundo o positivismo jurídico, o juiz em situações como a questionada acima, conta com o poder discricionário para formular sua decisão judicial, Dworkin acredita que não é bem assim, alega que respostas certas devem ser buscadas pela razão e pela imaginação. Sustenta ainda que a existência de respostas certas é uma demanda moral, sem a qual perde sentido postular a sinceridade argumentativa. Mesmo que não se possa demonstrá-las, incoerente seria sustentar sua inexistência.⁶

O que Dworkin quer demonstrar é o dualismo na atuação do magistrado, que sob o ideal positivista irá se satisfazer com uma decisão discricionária, isto é quando evidenciada a ausência de orientação normativa inequívoca. Já na concepção de uma leitura moral, nega-se que o texto jurídico seja fonte exclusiva de direitos, pois o seu “ideal de prestação jurisdicional é que, na medida do possível, os direitos morais sejam acessíveis nos tribunais”.⁷

5 DWORKIN, Ronald. 2001, p. 489.

6 DWORKIN, Ronald. 2001, p. 452.

7 *Ibidem*

O grande problema desse perfil moral de decisão aplicada pelo juiz é justamente a sua legitimidade, pois quando extrapola as decisões políticas já tomadas pelo Poder Legislativo, estaria ele legislando.

Conforme Dworkin não é bem assim, uma vez que, a deliberação parlamentar pode exigir tanto uma justificação política, quanto de princípios, enquanto a decisão judicial, por sua vez, terá garantida sua legitimidade, pois se pautará somente em argumentos de princípio. Juizes são obrigados a decidir por argumentos de princípios, mas não têm monopólio sobre eles. O legislador, por sua vez, tem o monopólio dos argumentos de policy. Quando juizes ultrapassam decisões políticas já tomadas, desde que fundamentados em argumentos de princípio, não estão legislando.⁸

Ou seja, a teoria da integridade de Dworkin não busca equiparar o juiz ao legislador, tão menos fundamentar a politização do judiciário, pelo contrário, o cerne do ideal proposto pelo autor norte-americano é que o juiz se encontra em situação diversa da do legislador, uma vez que, o legislador não precisa de razões de princípio para justificar suas decisões, pois necessita apenas de apoio político para que elas se configurem legítimas. Logo, a visão idealista de integridade demanda que a matéria do direito contenha mais do que policy, pois o Direito é também pautado pelo princípio, e esse não é (exclusivamente) resultado final das deliberações legislativas passadas.

A teoria proposta por Dworkin é um verdadeiro desafio para o intérprete, colocando-o numa posição pouco confortável, para ilustrar essa situação, o autor utiliza a metáfora de um juiz imaginário, que possui capacidade e paciência sobre-humanas, que se dedica e aceita o seu destino, qual seja, a prática desafiadora do direito como integridade. O juiz ideal recebe o nome de Hércules, um ser de força incomum, um semideus conforme a tradição exposta pela mitologia grega.

A Constituição possui inúmeras abstrações em seu texto, isso nos faz estar diante de cláusulas abertas que necessitam de um método particular, do qual não se pode escapar: a leitura moral.

8 DWORKIN, Ronald. 2002, p. 230 e p. 232.

As constituições em geral declaram direitos em hipóteses abstratas. A leitura moral propõe que se apliquem essas cláusulas a partir do entendimento de que “elas evocam princípios morais acerca da decência e da justiça”⁹

Conforme Dworkin, o juiz pode transcender a letra da norma jurídica, desde que se funde em argumentos de princípio e respeite a integridade do direito, dessa forma analisar essa possibilidade dentro controle de constitucionalidade, nos faz questionar qual seria essa legitimidade atribuída à Corte Constitucional, e se tal decisão é democraticamente aceitável, uma vez que, inevitavelmente ainda que pautada por metodologia que pretende estar versada somente em princípios, trará consequências evidentemente políticas em seu dispositivo.

Dworkin defende a ideia de atualização do texto normativo, por meio de uma leitura moral. Ou seja, o poder constituinte ou em sua tradição específica os “pais fundadores” não pretenderam instituir padrões políticos particulares redigidos na forma abstrata, e sim conceitos abertos que exigem de seus destinatários a responsabilidade de derivar as melhores concepções contemporâneas de justiça.

Segundo Dworkin existem duas maneiras de interpretar a Constituição, e conseqüentemente existem dois tipos diferentes de Constituição, a que ele denomina como constituição de princípios e como constituição de detalhes. A de detalhes estabelece um nevoeiro restritivo ao poder dos juízes. Restrições autênticas, contudo, se dão unicamente através de princípios abstratos. Sendo que esses princípios, ao contrário do que se pensa, que submetem juízes a um controle mais transparente e efetivo: devem justificar suas decisões por meio de argumentos de princípio que possam ser criticados pela comunidade jurídica e pela opinião pública.¹⁰

A Constituição por meio da teoria da integridade não está submetida apenas à formalidade da lei, mas também ao princípio:

I believe that popular suspicion of a principled constitution is

9 DWORKIN, Ronald. 1996, p. 2.

10 DWORKIN, Ronald. 1994, p. 160.

misplaced; the American Constitution, understood as one of principle, provides a better form of government than any in which the legislative and executive branches of government are legally free to disregard fundamental principles of justice and decency. A constitution of principle, enforced by independent judges, is not undemocratic. On the contrary, it is a precondition of legitimate democracy that government is required to treat individual citizens as equals, and to respect their fundamental liberties and dignity. Unless those conditions are met, there can be no genuine democracy, because unless they are met, the majority has no legitimate moral title to govern.¹¹

A norma jurídica é uma hipótese abstrata apresentada pela linguagem vigente em uma determinada tradição, não é, portanto um termo jurídico técnico, mas sim o fruto de uma deliberação legislativa, que vez por outra, não logra êxito em elencar as melhores opções para soluções de controvérsias legais apresentadas diariamente no judiciário. Ao admitir que a interpretação constitucional exige juízo moral, de modo explícito e assumido, o juiz se abre para o confronto de argumentos, em vez de disfarçar esse juízo sob a roupagem tecnicista que o texto constitucional definitivamente não comporta.

O fato é, não é possível negar que há uma condição moral para que a regra da maioria possa operar plenamente, do contrário a regra da maioria não é suficientemente democrática.

O esforço por limitar o poder judicial acaba permitindo aos juízes o poder indisciplinado da arbitrariedade. A idéia de que a Constituição não pode significar o que diz culmina numa inoportuna conclusão de que não significa nada em absoluto.¹² Juízes não conquistam legitimidade a partir de Deus ou de eleição ou da vontade dos governados ou de sua suposta habilidade pragmática ou razoabilidade. O único fundamento de sua legitimidade – o único fundamento – é a disciplina do argumento: seu compromisso institucional por fazer nada que não possam justificar por meio de argumentos que satisfaçam, ao mesmo tempo, duas condições básicas. A primeira é sinceridade [...] A segunda é transparência.¹³

11 DWORKIN, Ronald. 2001, p. 123.

12 DWORKIN, Ronald. 2001, 145.

13 DWORKIN, Ronald. 2002, p. 54.

Com a finalidade de balizar a orientação para atuação dos juízes, a fim de elidir a possibilidade de que eles apliquem suas convicções morais subjetivas, a teoria “dworkiana” tem por fundamento a historicidade e a integridade que convém à nova decisão, em respeito à harmonia e às decisões constitucionais passadas. De tal forma, o magistrado buscará a única solução compatível com a história e seus precedentes. A metáfora do “romance em cadeia” ilustra bem esse elo necessário do juiz com a tradição jurídica.¹⁴

Segundo Conrado Hubner:

Integridade constitucional é a projeção de um conceito fundamental da teoria do direito de Dworkin – integridade – no plano constitucional. Possui muitos desdobramentos que não poderão ser abordados dentro dos limites do capítulo. A integridade constitucional dá a seguinte orientação ao juiz: decisões judiciais são questões de princípio, devem possuir fundamentação moral consistente, mas também devem ter um elo de coerência com os precedentes da Corte (dimensão vertical) e do próprio juiz (horizontal).¹⁵

Essa exigência moral demanda que os juízes apliquem a Constituição por meio de interpretação, e não por fiat¹⁶. Suas decisões devem se ajustar à prática constitucional, não ignorá-la.

Conrado ainda adverte, “a leitura moral é uma teoria sobre o que significa a Constituição, e não sobre a instituição que deve empreendê-la. Isto significa que a Suprema Corte não é, por natureza, a única que pode assumir essa missão.”¹⁷

Finalmente, enfrentando um dos problemas do artigo em voga, Dworkin considera em especial a questão se a leitura moral ofende a democracia, uma vez que, juízes não são eleitos pelo povo. Neste aspecto, o autor não se debruça na busca de saber quais concessões a democracia deve fazer a outros ideais, mas sim

14 DWORKIN, Ronald. 2001, p. 275 e p. 431.

15 HUBNER, CONRADO. 2008, p. 46.

16 DWORKIN, Ronald. 2002, p. 62.

17 HUBNER, CONRADO. 2008, p. 47.

na busca “do que a democracia efetivamente é” (“what democracy really is”).¹⁸

A revisão judicial não pode ser enfrentada como um mal necessário, tal como se juízes fossem “necessários na prática, mas indesejáveis por princípio”.¹⁹ Esse tipo de argumento não resiste suficientemente à crítica contra-majoritária. Dworkin, nesse aspecto o rechaça para propor uma noção de democracia na qual a maioria nem sempre tem o direito de governar.

5 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO *JUDICIAL REVIEW*

Como afirmou H.L.A. Hart, os teóricos políticos e legais ingleses pensam que esse “extraordinário fenômeno judicial” é “especialmente difícil de justificar em uma democracia”.²⁰

Sidney Hook disse algo similar: “Não é fácil para os que defendem a teoria da supremacia judicial tornar sua posição compatível com uma interpretação razoável da teoria da democracia.”²¹

Tomas Jefferson tinha uma consideração pessimista em relação à revisão judicial como uma doutrina realmente muito perigosa, que nos colocaria sob o despotismo de uma oligarquia. Para ele, “as próprias pessoas são as únicas depositárias seguras do poder político”, e isso implica “a aquiescência absoluta às decisões da maioria — o princípio supremo da república, que não admite recurso a não ser a força.”²² Samuel Freeman alega que:

Ao longo de boa parte da história norte-americana, a revisão judicial foi exercida de formas que são incompatíveis com qualquer interpretação razoável da democracia. Ainda assim, há uma forma de conceber o papel da revisão judicial que é consistente com as instituições democráticas. Minha tese básica é a de que os princípios

18 DWORKIN, Ronald. 1996, p. 15.

19 DWORKIN, Ronald. 1990, p. 325.

20 HART, H.L.A., 1983, p.125

21 HOOK, Sidney, 1962, p.95

22 KOCH; PENDER (orgs). *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, 1944, p. 324.

que melhor justificam os processos democráticos de tomada de decisão autorizam a instituição da revisão judicial em certas circunstâncias.²³

O ponto central dos argumentos expostos acima é o de que se concebemos a democracia como uma forma soberana da vontade do povo para além da concepção teórica que a estabelece enquanto uma forma de governo, teremos portanto que a revisão judicial pode ser pensada como um ato de auto-controle soberano, como um tipo de compromisso público prévio de cidadãos livres e independentes de manter seu status igual, respeitando assim sua soberania. Se isso é adequado a uma constituição democrática em particular, é uma questão estratégica que depende de fatos históricos relativos a esse regime.²⁴

O que se crítica na revisão judicial não é a falta de comprometimento dos juízes quanto à sua legitimidade em estabelecer decisões de cunho político. O problema na verdade, é que esse poder que lhes foi investido limita o direito de igualdade, impedindo que cidadãos democráticos participem e influenciem os processos políticos de tomada de decisão que afetam significativamente suas vidas, situação essa que se torna viável no âmbito do parlamento, mas já não faz sentido nenhum perante o judiciário. Em um ambiente democrático, todos os cidadãos devem estar em patamar de igualdade para participar dos processos constitucionais e legislativos que estabelecem as leis a que todos estão submetidos. John Rawls denominava isso de participação política igual.²⁵

A dificuldade essencial é a de que a revisão judicial é uma força contra-majoritária. [Esta] é a razão pela qual a crítica de que a revisão judicial é antidemocrática pode ser feita [...] Ainda que a democracia não implique a contínua reconsideração de decisões já tomadas, ela realmente implica que uma maioria representativa tem o poder de efetuar uma reversão.²⁶

23 FREEMAN, SAMUEL. 1994 p.1

24 *Ibidem.*

25 RAWLS, John. 1971, p 99.

26 BICKEL, Alexander. 1966, pp.16-17

O fator problemático da revisão judicial quanto o seu aspecto democrático confronta a constatação de que as leis são criadas por meio de procedimentos que estão de acordo com o princípio de participação do povo soberano, enquanto que na revisão judicial o que se mostra é na verdade uma limitação aos direitos iguais de participação dos cidadãos. Democracia não significa tão somente vontade da maioria, mas antes o comprometimento democrático de igualdade de participação nas decisões políticas. Suponha uma democracia em Kant, as pessoas têm uma jurisdição política igual em virtude de todas terem as capacidades de ordenar racionalmente suas vidas e de perseguir seus interesses que sejam consistentes com a justiça. A soberania dos cidadãos democráticos consiste em parte em sua jurisdição política igual. Os cidadãos democráticos retêm este aspecto de sua soberania quando eles estabelecem na constituição direitos políticos iguais de participação nos procedimentos democráticos para a criação de leis ordinárias. O governo democrático é então uma extensão da jurisdição política igual dos cidadãos democráticos soberanos.²⁷

Joaquim Carlos Salgado em sua obra a Ideia de Justiça em Kant, ilustra que a sociedade civil ou a situação de direito é um fato constatado por Kant e que precisa ser justificado. Como é possível o Estado? Só é possível sob a ideia de um pacto livre de os seus membros.²⁸ O homem não está destinado a viver numa comunidade política, por natureza, mas nela entra por sua vontade, porque é livre e necessita preservar a sua liberdade como ser racional que é.²⁹

Numa democracia constitucional, podemos inferir que todo poder político emana do povo, ou seja, deriva dos cidadãos soberanos, que igualmente considerados exercem seu poder

27 Kant define a democracia dessa forma: “A forma democrática do Estado é a mais complexa [pois ela contém as seguintes relações]: primeiro, a Vontade de todos de se unirem para constituir-se como um povo; então, a Vontade dos cidadãos de formarem uma comunidade política; e, finalmente, [sua Vontade] de colocarem à frente dessa comunidade um soberano, que nada mais é do que essa própria Vontade unificada.” *The Metaphysical Elements of Justice* (Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1965)

28 SALGADO, Ideia de Justiça em Kant, p.205

29 SALGADO, Ideia de Justiça em Kant, p-209, apud BEYSSADE. Kant-Studien, p.165.

constituente de criar e de definir o que é Direito. O poder constituinte é a máxima do poder soberano, constituído pelo povo. Qualquer repartição da república deve operar como um agente do povo, buscando concretiza, aplicar e administrar leis para o bem comum. Os legitimados pelo sufrágio universal (Poder Legislativo) são considerados um dos poderes ordinários de governo que têm por fonte os poderes constituintes do povo.

Mensuramos que nas ponderações constitucionais, os representantes democráticos devem buscar meios de assegurar que o procedimento legislativo não comprometa a soberania popular. Tal constatação tem sua razão, pois enseja a imposição de limitações constitucionais a procedimentos de maioria simples, fundamental também seria a transparência desses procedimentos legislativos à luz da carta constitucional de direitos, cujo conhecimento que dispõem apresenta suas próprias circunstâncias. A constituição representa a forma de os cidadãos garantirem não somente seus direitos políticos em igualdade, mas também os outros direitos necessários para a busca livre do próprio bem por parte de cada um. Fazendo isso, eles reconhecem publicamente que a preservação da soberania e da independência de cada um é uma condição de sua associação.

O problema que surge, então, é o de qual é a melhor forma de assegurar que essas restrições substantivas às mudanças legislativas sejam respeitadas? A maioria de votos numa decisão parlamentar ou via judiciário? Mas se esse é o caso, então qual é o argumento em favor da regra de maioria?

John Ely assevera, “O problema central da revisão judicial é este: um órgão que não é eleito, nem politicamente responsável de nenhuma outra forma importante, diz aos representantes eleitos do povo que eles não podem governar como gostariam.”³⁰

Contudo, devemos buscar entender o papel que a revisão judicial desempenha. Primeiramente, ela é um dispositivo procedimental com o qual cidadãos soberanos livres e iguais podem racionalmente deliberar em um foro argumentativo, à luz do conhecimento que têm da tradição histórica em que estão inseridos,

30 ELY, John. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1980, p. 116.

com a finalidade de proteger os direitos básicos para salvaguardar a soberania democrática. O objetivo é impor restrições substantivas à legislação que saiu fora do itinerário legislativo. Uma vez que a revisão judicial invoca um meio não-legislativo para fazer isso, ela pode se constituir em uma medida constitucional de recurso último. Mas isso não quer dizer que seja antidemocrática. Pois não é uma limitação à soberania igual e sim ao poder legislativo ordinário, em benefício da proteção dos direitos iguais de soberania democrática.

Para Samuel Freeman, a revisão judicial é um tipo de *comprometimento prévio comum* de cidadãos soberanos livres e iguais no nível da escolha constitucional. Pelo exercício de seus direitos de participação igual, eles concordam com uma salvaguarda que os impeça, no exercício ulterior de seus direitos políticos iguais, de mudarem de atitude e de se desviarem de seu compromisso com uma constituição justa. Esta é uma condição que os cidadãos podem incluir em seu assentimento à regra de decisão pela qual as preferências de uma maioria simples serão decisivas na elaboração de leis ordinárias. Outorgando a um órgão não-legislativo, e que não presta contas de seus atos eleitoralmente, o poder de revisar a legislação democraticamente criada, os cidadãos provêm a si próprios de um meio para proteger sua soberania e independência do exercício não-razoável de seus direitos políticos nos processos legislativos. Eles livremente limitam, dessa forma, o leque de opções a eles aberto no futuro. Concordando com a revisão judicial, eles se amarram ao seu acordo sobre os direitos básicos iguais que articulam sua soberania. A revisão judicial é, então, uma forma deles protegerem seu status de cidadãos iguais.³¹

A revisão judicial é, então, um mecanismo constitucional entre outros para limitar o exercício dos direitos de participação política igual por meio de uma regra legislativa de maioria simples. Sua justificação geral é a de que sob certas circunstâncias pode ser necessário garantir que os direitos fundamentais iguais que articulam a soberania democrática sejam respeitados e preservados nos processos ordinários de governo. Trata-se de uma justificação que é fundamentalmente a mesma daquela invocada para a regra

31 FREEMAN; SAMUEL. Democracy and judicial review, 1994, p. 5.

da maioria. O que fundamentalmente justifica os procedimentos legislativos majoritários, a liberdade igual de cidadãos soberanos, também justifica nossa aceitação de outros procedimentos constitucionais que definem e impõem limites aos tipos de decisões que são tomadas por maioria simples.³²

O que se questiona no “judicial review” é o papel exercido pela Corte Constitucional frente à tripartição dos poderes. O que se constata é que cada vez mais a Corte Suprema tem se tornado uma “avalizadora” dos atos de governo de qualquer um dos três poderes separados. Este não é um poder propriamente judicial, e tal situação acarreta com que a última palavra seja do Poder Judiciário, justamente porque seu papel tem sido aquele que dá ou nega aval aos procedimentos legislativos ordinários.

Neste compasso, a revisão judicial se mostra apropriada quando os procedimentos legislativos são afetados por vícios que não são passíveis de serem corrigidos no âmbito da deliberação política nos parlamentos. Segundo, FREEMAN isso acontece quando o senso público de justiça é (1) dividido internamente; ou (2) não é suficientemente desenvolvido ou não é suficientemente dirigido para influenciar os procedimentos legislativos de forma a realizar as correções necessárias à justiça democrática, ou ainda (3) quando o legislativo é tão controlado por interesses privados (devido, em geral, à influência indevida da riqueza) que ele não reflete corretamente os julgamentos públicos refletidos em questões de justiça³³. Até que ponto a revisão judicial é necessária para garantir os padrões de uma constituição democrática? Isso vai depender das circunstâncias históricas e sociais em que ela está inserida.

6 A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA, A SUPREMACIA DO JUDICIÁRIO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A carta constitucional norte-americana fruto de uma revolução, foi criada, por conseguinte, em oposição ao modelo

32 *Ibidem*

33 FREEMAN; SAMUEL. Democracy and judicial review, 1994, p. 6-7.

britânico de supremacia do Parlamento, a diferença está que no sistema estadunidense o Poder Legislativo é juridicamente limitado, e cabe ao Poder Judiciário a aplicação desses limites. Com efeito, essa Constituição (e todas as emendas subsequentes) é o supremo direito nacional, o que significa que prevalece em caso de conflito com qualquer outra norma jurídica, federal ou estadual, não importando nem mesmo o momento de sua criação.³⁴

Assemelhando-se do sistema brasileiro, a supremacia da Constituição norte-americana é aplicada pelo Judiciário, que tem o poder e o dever de anular qualquer norma jurídica que com ela venha a conflitar, sendo por excelência a corte guardiã da constituição. Ainda que se alegue, por vezes, que o Congresso teria o poder de limitar a jurisdição dos tribunais federais, incluindo aí a Suprema Corte, ao propor, por exemplo, emendas constitucionais, o emprego desse poder não capacitaria o Legislativo a derrubar decisões individuais já exaradas pelos tribunais, a não ser para impedir que determinados pleitos fossem reivindicados no futuro³⁵.

Esse modelo de supremacia judicial foi estabelecido, num primeiro momento, pelo Juiz John Marshall, que lançou os primeiros elementos do sistema do “judicial review” ao buscar e fundamentar um poder que autorizasse a invalidação de uma legislação que viesse a contrastar com a Constituição, ainda que de forma tácita³⁶. Para Marshall, “ou a Constituição é uma lei superior e suprema, não sujeita a alteração pelos meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível das leis ordinárias, e, como qualquer outra lei, pode ser alterada quando o legislativo bem entender.”³⁷

Jeremy Waldron, por sua vez, indaga: “os juízes deveriam ter autoridade para revogar leis quanto estiverem convencidos de que elas violam direitos individuais?”³⁸ Trata-se de um questionamento crítico, contudo, é possível identificar decisões em que os tribunais

34 GARDBAUN. 2010, p.53.

35 GARDBAUN. 2010, p.58.

36 MARSHALL. 1803, p. 177.

37 *Marbury v. Madison*, 1. Cranch (5 US) 137 (1803).

38 WALDRON. 2006, p.67.

foram fundamentais para o enfrentamento de questões de direitos fundamentais, em que uma boa decisão foi proferida por meio de um processo no qual as reivindicações foram analisadas com seriedade e firmeza nos debates jurídicos.³⁹

No mesmo diapasão, temos o argumento sustentado por Alexander Bickel, da existência de uma “dificuldade contramajoritária”, que poderia ser resumida da seguinte forma: quando se declara a inconstitucionalidade de uma lei produzida no Legislativo, há, de certo modo, a frustração da vontade das pessoas que elegeram um Parlamento. Isso porque a vontade do Parlamento é associada à ideia de governo do povo, que elege diretamente seus representantes.⁴⁰

Na tradição norte-americana alguns casos são expoentes das conquistas do novo constitucionalismo, um exemplo é o caso *Marbury v. Madison* e *Brown v. Board of Education*, quando os tribunais, e não os legisladores encabeçaram o ataque às leis segregacionistas. Já no Brasil podemos citar, como exemplo, a decisão que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a impossibilidade de, no Estado Democrático de Direito, existir de cidadãos de primeira e de segunda classe.⁴¹

Diante de casos como esses que uma nova crítica surge e ultrapassa a questão de como os tribunais decidem, e a questão em jogo não mais seria a (i)legitimidade do instituto ou de ser ele contramajoritário ou não, mas seria outro: o tipo de judicial review que pode ser justificado numa democracia deliberativa, que se situa em patamares mais complexos no âmbito da política, o que acaba por implicar a emergência de uma análise não mais (somente) no âmbito das teorias da interpretação, mas numa perspectiva institucional dialógica.⁴²

39 O exemplo dado é de uma decisão de 2003, em que o Supremo Tribunal de Massachusetts julgou que as leis estaduais regulando licenças para casar violavam os direitos constitucionais estaduais devido ao processo legal e à isonomia, ao limitarem, de maneira implícita, a união entre pessoas do mesmo sexo.

40 BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*, 1986. p.48.

41 ADI nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132.

42 GRIFFIN, Stephen M. *Enfim a hora da democracia? A nova crítica ao judicial review*.

Quanto à questão da supremacia judicial consideramos ser ela um fenômeno mais amplo do que o conceito expressado pela revisão judicial, uma vez que se fundamenta na tese de que o pronunciamento constitucional do poder judiciário ou da suprema corte em um caso específico, acerca daquilo que entende ser a melhor interpretação de um standard fundamental, deve, posteriormente a sua prolação, ser seguido pelos demais atores políticos ao realizarem suas respectivas funções⁴³.

Já a revisão judicial representa um *minus* frente à supremacia judicial, em virtude de apenas exigir que tanto as ações do executivo quanto as do legislativo se submetam ao crivo do judiciário, que possui o poder de eventualmente invalidá-las⁴⁴.

Verdadeiramente há uma preocupação latente acerca do papel institucional a se desempenhado pelas Cortes Constitucionais nos dias atuais. Se a judicialização é contingencial, já que questões de grande repercussão política ou social podem ser levadas ao Judiciário, será que esta instância não acaba por substituir aquelas responsáveis pelas decisões políticas originárias (tradicionalis)?

7 CONCLUSÃO

O “judicial review” é um instrumento utilizado que se encontra nas mãos das Supremas Cortes, em uma excelente posição institucional para realizar essa missão de enriquecer o processo deliberativo e ajudá-lo a corrigir algumas de suas indevidas parcialidades.

Contudo, para atingir tal escopo, alude Gargarella⁴⁵, o judiciário não pode ocupar o lugar do legislador, nem tampouco decidir qual remédio particular deve ser aprovado, devendo apenas

In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 12/16.

43 FRIEDMAN; DELANEY, 2011, p. 1.143

44 MARQUES; LOIS, 2012, p. 1.748

45 GARGARELA. 2006, p. 21-22.

sugerir ao parlamento uma série de soluções alternativas, porém deixando a decisão final com o último.

Conforme o autor argentino, é o poder judicial que se encontra bem situado para alcançar esse objetivo, uma vez que é ele quem recebe as queixas daqueles que foram ou se sentiram tratados indevidamente no processo de tomada de decisões, e por ser ele o que possui ferramentas, meios e procedimentos que favorecem o bom funcionamento do processo em tela.

Desta forma, para Gargarella, o judicial review pode ser considerado um instrumento crucial para o enriquecimento da deliberação pública⁴⁶. Porém, encontra o autor, na democracia deliberativa, o substrato necessário para realizar a sua crítica à supremacia judicial⁴⁷ que conforme já se viu não se confunde com a revisão judicial. Portando, a supremacia judicial violaria a ideia de respeito igualitário às opiniões dos cidadãos, ideal este subjacente à noção de vontade democrática, uma vez que permitiria a uma minoria de juízes imporem suas próprias opiniões ao restante da população⁴⁸. Para este argumento crítico podemos considerar igualmente relevante a objeção apresentada por Waldron, de que na verdade os juízes, por meio de procedimentos majoritários na tomada de decisões, somente refletem as divergências existentes fora da corte.⁴⁹

Assim sendo, os magistrados que compõem as Cortes Constitucionais deveriam se pôr a serviço do debate público, o que implicaria uma a deliberação coletiva, com pontos de vista e inclusão de argumentos que não são típicos dos processos judiciais, sem se intrometer naquilo que é competência do legislador.

46 GARGARELA. 2006, p. 39.

47 A supremacia judicial baseia-se implicitamente na virtude intelectual de alguns poucos em detrimento de se apoiar nas capacidades epistêmicas de todos os cidadãos. (NINO, 1989, p. 115)

48 GARGARELLA, 2006, p. 28

49 WALDRON. 1999, p. 238.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We the People: foundations**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.

_____. **We the People: transformations**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.

ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, nº 217, p. 55-66, 1999.

BARBI, Celso Agrícola. “Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil”. *RDP* nº 4, p. 34-43, 1968.

BARBOSA, Rui. “Oração perante o Supremo Tribunal Federal”, **Pensamento e ação de Rui Barbosa**. Brasília: Senado Federal, 1999.

BERGER, Raoul. **Government by Judiciary: the transformation of the fourteenth amendment**. 2. ed. Indiana: Liberty Fund 1997.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas”. *Revista dos Tribunais* nº 737.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Ieje, 2001.

DAHL, Robert. **A Preface to Democratic Theory**. Chicago: University of Chicago Press, 1956.

_____. **Democracy and its Critics**. Yale Univ. Press, 1989.

_____. **How Democratic is the American Constitution?** New Haven: Yale University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. **A Badly Flawed Election**. New York: New Press, 2002.

_____. **A Bill of Rights for Britain**. London: Chatto & Windus, 1990.

_____. **A Matter of Principle**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.

_____. **El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanásia y la libertad individual**. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. "Equality, Democracy and Constitution: we the people in court". *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, 1990.

_____. **Freedom's Law: a moral reading of the American Constitution**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

_____. **Law's Empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

_____. **The Sovereign Virtue**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.

_____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELSTER, Jon. **Ulysses Unbound**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (ed.). **Constitutionalism and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

EPSTEIN, Lee. “The Role of Constitutional Courts in the Stabilization and Maintenance of Democratic Systems of Government”. *Law and Society Review*, n. 117.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo; Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la Antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 1999.

FREEMAN, Samuel. **Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review**. Source: *Law and Philosophy*, Vol. 9, No. 4 (1990 - 1991). Published by: Springer Stable URL: <<http://www.jstor.org/stable/3504771>>.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre ele carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Ariel, 1996.

HAYEK, F. A. **The Constitution of Liberty**. Chicago: University of Chicago Press, 1978.

KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Tecnos, 1995._____. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOSLOWSKY, Mark; LEWIS, Anthony. **Against the Imperial Judiciary: The Supreme Court vs. the sovereignty of the people**. University Press of Kansas, 1996.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo; Martins Fontes, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOREIRA, Vital. **“Constituição e democracia na experiência portuguesa”**. In: MAUÉS, ANTONIO, G. (org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MORSE, Richard. **O espelho de Próspero**. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996.

OLIVEIRA VIANNA. **Instituições políticas brasileiras**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1987.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

RADBRUCH, Gustav. **“Five Minutes of Legal Philosophy”** (1945). *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, pp. 13-15, 2006.

_____. **“Statutory Lawlessness and Supra-statutory Law”** (1946). *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, pp. 1-11, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social**. São Paulo: Cultrix, 1999.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Tecnos, 2002.

_____. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1996 (trad. de Francisco Ayala).

SILVA, Virgílio Afonso da. **“Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração**

no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais”, RDA, n. 226, pp. 11-32, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 2007.

THAYER, James B. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”. *Harvard Law Review*, v. 7, n. 3, 1893.

TROPER, Michel. “La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución”. *Doxa*, n. 22, 1999.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: RT, 1994.

VILANOVA, Lourival. “A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal”, RDP, n. 43.

WALDRON, Jeremy. “A Right-based Critique of Constitutional Rights”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, p. 32, 1993.

_____. “Freeman’s Defense of Judicial Review”, *Law and Philosophy*, Vol. 13, 1994.

_____. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Recebido em 05/08/2014.

Aprovado em 16/09/2014.