

A jurisdição constitucional como defensora da democracia e dos direitos fundamentais no Estado Constitucional e Democrático de Direito*

The constitutional jurisdiction as a protector of democracy and fundamental rights in the constitutional and democratic state

Mônia Clarissa Hennig Leal**

Iuri Bolesina***

Resumo

Este artigo pretende analisar a função da jurisdição constitucional como defensora da democracia e dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, a partir das disposições, valores e princípios da Constituição Federal Brasileira de 1988, adotando-se a premissa de que há uma antinomia de origem - mas não necessariamente atual, apesar do aparente conflito - na relação entre democracia e direitos fundamentais. Nesse contexto é que se insere a atuação da jurisdição constitucional, compreendida, aqui, como sendo de destacada relevância na promoção de ambas as essencialidades. Pretende-se, assim, com o auxílio do método dedutivo e do procedimento histórico-crítico,

* Este artigo é resultante das atividades do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas (CIEPPP), financiado pelo FINEP e vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), onde os autores desenvolvem o projeto de pesquisa “Controle jurisdicional de políticas públicas: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas e a relevância da atuação do amicus curiae como instrumento de legitimação dessas decisões no Brasil”, na condição de coordenadora e participante, respectivamente. O artigo se insere, também, no âmbito do projeto “O amicus curiae como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: análise comparativa entre os sistemas brasileiro, alemão e norte-americano e sua efetividade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, que conta com recursos do Edital das Ciências Sociais/2010 do CNPq e do Programa Pesquisador Gaúcho 2010, da FAPERGS.

** Mônia Clarissa Hennig Leal: Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), onde leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente.

abordar conceitos históricos e contemporâneos, como a função e importância da democracia, dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional, para, a partir do conhecimento das significâncias dessa tríade, abordar os mecanismos – e a falta deles – para uma jurisdição constitucional aberta à participação popular e com acesso ao poder.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Democracia. Direitos fundamentais. Constituição. Estado Democrático de Direito.

Abstract

This article analyzes the role of the Constitutional Jurisdiction as a protector of democracy and fundamental rights in a democratic State, starting from the knowledge of the rules, values and principles of the Brazilian Constitution of 1988, adopting the premise that there is a contradiction in the origin - but not necessarily current, despite the apparent conflict – in the relationship between democracy and fundamental rights. In this context, inserts the Constitutional Jurisdiction, understood here, as being of outstanding importance in promoting both needs. Intended, therefore, with the support of the deductive method and critical-historical procedure, to approach the historic and contemporary concepts, the function and the importance of democracy, fundamental rights and Constitutional Jurisdiction, and, after this analysis, to try to understand the elements of this triad, attacking the mechanisms - and their lack - for a Constitutional Jurisdiction open to public participation and with access to power.

Keywords: *Constitutional Jurisdiction. Democracy. Fundamental rights. Constitution. Constitutional and Democratic State.*

Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Santa Cruz do Sul – Rio Grande do Sul – Brasil; Email: moniah@unisc.br

*** Iuri Bolesina: Mestrando e Bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Pós-graduando lato sensu em Direito Civil pelo Instituto Meridional de Educação – IMED. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq. Advogado. Santa Cruz do Sul – Rio Grande do Sul – Brasil; Email: iuribolesina@gmail.com

Introdução

O Estado Democrático de Direito, ao trazer preocupação destacada com a dignidade da pessoa humana, ratificou e ampliou direitos de controle e acesso ao poder, bem como criou instrumentos de nível e importância constitucionais, a fim de que tal tarefa fosse realizada de modo adequado e eficaz. O mesmo se deu no Brasil, porém, essa situação trouxe consigo uma nova atenção aos direitos fundamentais e à democracia, pilares que sustentam a nossa Constituição.

A relação entre democracia e direitos fundamentais, entretanto, não é simples ou pacífica e, não raras vezes, torna-se objeto de questões conflituosas e contraditórias. Tem-se, assim, uma aparente antinomia que envolve duas essencialidades do Estado Democrático de Direito e da própria Constituição Federal, já que os dois pontos são amplamente defensáveis e justificáveis, notadamente se pensados isoladamente. Contudo, a questão se dá na missão de uni-los e fazê-los conviver, não apenas no plano abstrato, mas também no concreto.

Essas tensões tendem a ganhar termo no âmbito da jurisdição constitucional (ou justamente se iniciam nela?), espaço que acabou sendo eleito para a delicada, mas preciosa, função de guardião da ordem constitucional, incumbido de lidar com situações diversas em defesa dos valores e dos princípios no Estado brasileiro. Ocorre que os temas levados ao terreno da jurisdição constitucional, muitos dos quais eminentemente políticos, fizeram com que ela também fosse objeto de indagações múltiplas, que questionam o seu agir. Assim, também o guardião se vê no meio da anotada antinomia, necessitando decidir em casos difíceis, tais como a proteção e concretização dos direitos fundamentais da minoria em conflito com a vontade legislativa da maioria ou com outros direitos fundamentais da maioria.

Cientes disso, pretende-se, para os fins do presente estudo, trabalhar, tecnicamente, a complexa relação entre direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional, a partir dos referenciais da Constituição Federal brasileira.

1 Algumas notas sobre a jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional¹ é o espaço no qual ocorre a atividade de controle dos atos praticados pelo Estado e pela sociedade que tenham relevância jurídica constitucional, diante da Constituição, através do Poder Judiciário. No Brasil, seu exercício pode ocorrer por todos os tribunais ordinários – controle difuso de constitucionalidade – e mais agudamente por meio do Supremo Tribunal Federal – controle concentrado de constitucionalidade –, já que este representa o topo da hierarquia da jurisdição constitucional (BARROSO, 2011, p.359).

As condutas e omissões de lesa humanidade ocorridas no período do segundo pós-Guerra foram, de forma destacada, as razões que elevaram a importância do Poder Judiciário e o autorizaram a abandonar sua atuação restrita à exegese e ao formalismo, em prol da defesa dos direitos fundamentais (LEAL, 2010, p.3201). Evidentemente, isso só foi possível em razão da aceitação do constitucionalismo contemporâneo pelas comunidades constitucionalizadas e pela consagração dos direitos fundamentais e das demais normas, de caráter aberto, nas leis fundamentais de cada Estado, o que possibilitou à jurisdição constitucional realizar sua função, atenta às alterações e singularidades do contexto social, político e cultural, mirando o caso concreto (HESSE, 2009, p.9-10).

¹ “[...] a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição”. (BARROSO, 2011, p.359). E, completa Bonavides (2011, p.2): “O conceito de jurisdição constitucional, qual a entendemos em sua versão contemporânea, prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais. E em se tratando, como sói acontecer, de sociedades pluralistas e complexas, regidas por um princípio democrático e jurídico de limitações do poder, essa instância há de ser, sobretudo, moderadora de tais conflitos”.

O que doravante se observa é, primordialmente, a quebra de substância, densidade e de eficácia do velho mito da legalidade, que permeava e regia todo o Direito positivo, e era, na figura do Estado, a base e o fundamento único do sistema normativo de Direito. A partir, porém, do advento das novas gerações ou dimensões de direitos fundamentais, bem como da revolução principiologia que fez na *communis opinio* dos juristas e não estes ao redor daquela (BONAVIDES, 2011, p.8).

De qualquer sorte, tem-se que essa atuação do Poder Judiciário na jurisdição constitucional se dá por inúmeros motivos que, ao longo dos últimos anos, estão sendo trabalhados mais pontualmente. Historicamente, pode-se dizer que o constituinte de 1988 nutria clara descrença na performance dos poderes políticos – Legislativo e Executivo –, tanto que se criaram inúmeros instrumentos, instâncias e limitações de ordem constitucional que se prestam para amarrar o agir desses poderes. Esse descrédito, todavia, não atingia o Judiciário, máxime em razão da independência e das garantias institucionais que a ele eram dadas, bem como diante do acesso que o processo judicial conferia às partes para o debate contraditório (FERREIRA FILHO, 2009, p.213-214), diferentemente do Legislativo e Executivo, que se insulavam em si próprios². Tecnicamente, a autorização para a atuação do Judiciário pode ser destacada em dois aspectos de maior relevância.

² “Em outros termos, não basta que se garantam as liberdades civis e políticas tradicionais dos umbrais da Idade Moderna, pois os indivíduos, na contemporaneidade, devem ter a possibilidade material de imprimir a esta a autonomia cognitiva que exige uma efetiva inserção e participação societal, fundada em uma interlocução não coitada pelos discursos e práticas totalitárias das elites dominantes (com suas linguagens tecnoburocráticas e enclausuradas em si próprias), assim, oportunizando que o sistema social possa ser gerido compatilhadamente. Esta possibilidade de interlocução deve contar, por sua vez, com mecanismos e espaços oficiais de diálogos, deliberações e execuções [...] A experiência brasileira, neste particular, infelizmente, é caótica, eis que vem marcada sua administração pública, historicamente, pelo insulamento em circuitos de poderes institucionais (Executivo, Legislativo e Judiciário), como únicos espaços legítimos de deliberação e execução do interesse público, afastando-se, radicalmente, a sociedade deste mister, redundando na falência do modelo endógeno de repressão política tradicional dominante”. (LEAL, 2006, p.144-145)

Primeiro, por força da supremacia constitucional, notadamente dos direitos fundamentais, que carecem ser observados acima de tudo, mesmo do interesse das maiorias, cabendo ao Poder Judiciário a tarefa de zelar por isso, validando ou invalidando atos e leis. Segundo, porque no Estado Democrático de Direito, constitui-se como uma das missões precípua do Judiciário, especialmente em nível de jurisdição constitucional, assegurar direitos e garantias substanciais para o pleno exercício da democracia e dos direitos fundamentais (BAROSSO, 2010, p.386-387).

Por certo que a existência de normas de caráter eminentemente principiológico, como o são os direitos fundamentais, demandam preenchimento semântico em cada aplicação³ e, no que tange ao Judiciário, isso não passou imune de críticas, que apontaram para fatores como a insegurança jurídica, o paternalismo, a interpretação inadequada da Constituição, a repetição acrítica das jurisprudências construídas no passado, o governo dos juízes⁴, a politização da justiça, a judicialização da política e o ativismo judicial (BARROSSO, 2011, p.360-

³ Tal preenchimento não se dá apenas pelo Poder Judiciário, mas por todos que buscam a interpretação das disposições de caráter aberto da Constituição. Assim, salienta Häberle (2002, p.42): "Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material 'subsiste' sem interpretação constitucional por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares! Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional".

⁴ Das críticas até este momento indicadas, ver Maus (2000, p.135-139). De qualquer forma, destaca-se o seguinte trecho da p.314: "Esses dois conceitos emancipatórios são postos radicalmente em questão por meio da ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública. A mencionada introdução de pontos de vista morais e de 'valores' na jurisprudência não só a arma com maior grau de legitimação, imunizando assim suas decisões contra qualquer crítica, mas também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios "superiores" ao direito escrito leva - quando a Justiça os invoca - à suspensão das disposições normativas individuais e a decidir o caso concreto de forma inusitada".

366); apontaram até mesmo para a existência de um Direito judicial em detrimento do Direito legal⁵.

A questão aí está em reconhecer algumas balizas que, no Brasil, mormente a partir de 1988, com a Constituição Federal, foram fixadas. Primeiro, há de se reconhecer que a atuação da jurisdição constitucional será sempre política, porém, calcada em argumentos jurídicos⁶. Deve-se ainda perfilhar que, uma vez colocada a Constituição como elemento superior da comunidade que se escora em direitos fundamentais e democracia – em seu consórcio, mormente –, sua proteção deve ser buscada sempre, o que pode se dá de forma parcial. Logo, a própria jurisdição constitucional assim o fará (CITTADINO, 2009, p.63-64). Depois, não se deve olvidar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que vincula e obriga todos à sua observação e cumprimento (LEAL, 2003, p.109-113)⁷.

Assim, percebe-se que as críticas à jurisdição constitucional ocorrem nem tanto no que toca à sua legitimidade para atuar em defesa

⁵ “[...] os novos textos constitucionais, ao incorporarem princípios, configurarem Estados democráticos de direito, estabelecerem objetivos e fundamentos do Estado, asseguram o espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional, já sendo possível falarem um ‘direito judicial’ em contraposição a um ‘direito legal’” (CITTADINO, 2002, p.18)

⁶ “Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídico, mas a natureza de sua função é inegavelmente política [...]. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas Leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade”. (BARROSO, 2010, p.385)

⁷ Todos esses fundamentos foram melhor sintetizados, com alguma paixão, é verdade, pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello (2008, p.10-17): “Nenhum dos Poderes da República, Senhor Presidente, pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios ou a manipulações hermenêuticas ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência política ou de pragmatismo institucional, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de respeito incondicional, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado

da Constituição, mas em como, quando e quanto atuar (LEAL, 2007, p.203)⁸, principalmente nos casos que envolvam questões de iminente caráter político ou de decisão majoritária, no qual o eixo central estará entre democracia e direitos fundamentais. Atualmente, já se pensa num Poder Judiciário que consiga defender essas duas essencialidades – democracia e direitos fundamentais – o que, em outros termos, é assegurar as bases da Constituição, partindo da ideia de que a defesa dos interesses majoritários vai até os limites autorizados pelos direitos fundamentais.

Por isso, o Poder Judiciário de uma constituição republicana deve adotar duas espécies de posturas respeitadas em relação aos órgãos e processos de representação da soberania popular: uma postura de *deferência judicial* às decisões dos órgãos de direção política do Estado; e uma postura de *garantia e fortalecimento judicial do regime democrático*. [...] É verdade que deferência e respeito não podem significar, por um constitucionalismo republicano, reverência e muito menos subserviência. O Poder Judiciário é o guardião da constituição e do equilíbrio entre os direitos fundamentais e a soberania popular (MELLO, 2004, p.178).

Exposto isso, é importante que se diga que muitas das críticas apresentadas dizem respeito ao Supremo Tribunal Federal como

democrático de direito em uma palavra vã e em um sonho frustrado pela prática autoritária do poder. [...] Constitui função do Poder Judiciário preservar e fazer respeitar os valores consagrados em nosso sistema jurídico, especialmente aqueles proclamados em nossa Constituição, em ordem a viabilizar os direitos reconhecidos aos cidadãos [...] É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, o que permite reconhecer, no contexto do Estado democrático de direito, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada e, em particular, a intervenção do Supremo Tribunal Federal, que detém, em tema de interpretação constitucional, e por força de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembleia Nacional Constituinte, o monopólio da última palavra”.

⁸ “Há que distinguir, portanto, entre legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição. A primeira é pacífica, conforme o entendimento da doutrina; a segunda, controversa”. (BONAVIDES, 2011, p.2)

órgão que tem o Poder de dar a última palavra em matéria de controle de constitucionalidade, e não à jurisdição constitucional. Ou seja, o problema – se é que há problema – não está na jurisdição constitucional em si, mas em quem a conduz e, pior, desvirtua-lhe, eventualmente.

A censura, nesse sentido, diz respeito às decisões – palpavelmente as de forte essência política – que são juridicamente insuficientes em sua argumentação, não possibilitando um controle posterior de sua conformação e/ou legitimidade constitucional. O uso do discurso bem articulado para ser juridicamente vazio ou para, miopemente, esquivar-se dos verdadeiros valores constitucionais tende a denegrir a imagem da jurisdição constitucional e deixa margens para dúvidas quanto à integridade do julgado(r) e quanto ao real comprometimento com a Constituição e com o Estado Democrático de Direito.

[...] infere-se que a crise do Judiciário brasileiro tem sido, assim, em grande parte, a crise do Supremo, como instituição que é a cabeça desse Poder; crise, portanto, de um Tribunal não raro contraposto ao espírito da Constituição e de suas fórmulas principiológicas, das quais ele, por escrúpulo de envolvimento em questões políticas, às vezes se mantém reservado e arredo, desertando, não raro a causa constitucional e se dobrando involuntariamente a interesses que privilegiam o Poder mais forte, ou seja, o Executivo, o mais infrator dos Poderes no que tange ao princípio da separação de Poderes (BONAVIDES, 2011, p.12).

Não obstante isso, por se tratar de uma linha tênue e sensível, não só a atuação do Judiciário, mas a consideração popular quanto à tarefa da jurisdição constitucional deve ser (re)pensada com vistas a uma ideia moderna de democracia, que reúna direitos e deveres que vão além do votar e ser votado, realizando uma (re)leitura contemporânea dos contextos de representação, participação e deliberação, bem como com vistas ao constitucionalismo democrático, que preenche a pauta jurídica-política atualmente (ALEXY, 2008, p.163).

A ponderação que se deixa no momento é como tornar essa linha tênue e sensível que divisa democracia e direitos fundamentais

mais espessa e resistente, a fim de que a jurisdição constitucional se torne mais completa em sua atuação diante das premissas do Estado Democrático de Direito?

2 O problema: protegendo direitos fundamentais e a democracia, concomitantemente

Pelo até então exposto, pode-se pensar numa oposição, numa incompatibilidade ou, no mínimo, numa tensão entre direitos fundamentais e democracia (ALEXY, 2008, p.52). A questão é: como proteger as duas essencialidades concomitantemente? Por certo que se fosse razoável optar por apenas uma, elidindo a outra, o problema restaria resolvido de modo simples e prático, porém isso é inviável quando se pensa em Estado Democrático de Direito.

A formação e os interesses perseguidos nessa quadra evolutiva do Estado Democrático de Direito exigem e dependem da existência integrada de direitos fundamentais e democracia, reconhecendo-se que se tratam de essencialidades distintas, mas interdependentes (HABERMAS, 2002, p.285-295).

O Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas, que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito. Por sua vez, do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem *cooriginariamente* exigências de igualdade e liberdade individual que conduzem, de forma directa e necessária, à adopção da regra da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político, pelo que, à luz dessa construção, se não houver democracia, não há verdadeiro Estado de Direito. [...] a referida integração resulta ainda, num movimento de sentido inverso, do facto de também a democracia exigir o Estado de Direito (direitos fundamentais). Sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais, não há verdadeira democracia: os direitos fundamentais são condição do regular funcionamento da democracia (NOVAIS, 2006, p.19-20).

A integração de democracia e direitos fundamentais, contudo, está longe de ser tarefa simples, o mesmo se dizendo da sua defesa, que tende a ser sempre controversa, principalmente, por parte da jurisdição constitucional. De parte da democracia, pondera-se que a maioria, ainda que a governamental, devidamente legitimada pelo sufrágio universal, pode hostilizar direitos fundamentais de minorias. A existência de procedimentos democráticos de acesso e utilização do poder não é, por si só, condição suficiente para garantir que haja correspondência entre Lei e Direito ou respeito às substâncias materiais da Constituição (NOVAIS, 2006, p.21). Há, no âmbito de todas essas complexibilidades, a possibilidade de ataque direto ao conteúdo e aos interesses iminentes dos direitos fundamentais.

Do lado dos direitos fundamentais, por seu turno, tem-se que os seus quatro extremos – hierarquia, força de imposição, proteção de objetos relevantes e conteúdo aberto – podem limitar facilmente a democracia, o que pode ocorrer em dois momentos. No primeiro, diante da necessária observação de determinados conteúdos fundamentais impostos pela Constituição a toda comunidade – Estado e sociedade – que refletem efeitos, mormente, no Legislativo e no Executivo. No segundo, quando o Poder Judiciário que, no Brasil, não é democraticamente eleito, age mirando direitos fundamentais, na contramão das decisões majoritárias de órgãos legitimamente eleitos (NOVAIS, 2006, p.21-22).

Somem-se a isso as questões que dizem respeito, de modo pontual, à atividade do Judiciário no espaço da jurisdição constitucional – insegurança jurídica, paternalismo, interpretação inadequada da Constituição, repetição acrítica das jurisprudências construídas no passado, governo dos juízes, politização da Justiça, judicialização da política, ativismo judicial e Direito Judicial.

Já se teve a oportunidade de mencionar que muitos dos argumentos acima destacados não subsistem, de um lado ou de outro, a uma interpretação constitucional realmente comprometida com a dignidade da pessoa humana e com o Estado Democrático de Direito. E tal fato reside, justamente, no célebre ponto que Hesse (2009, p.135) há muito advertiu:

Todos os interesses momentâneos — ainda quando realizados — não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição ‘deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado Democrático’. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, ‘malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado’.

É importante que se reconheça, por outro lado, que eventuais controvérsias surgidas nesse contexto nem sempre serão uma verdadeira tensão entre democracia e direitos fundamentais, mas apenas debates que ocorrem na esfera dos interesses constitucionais⁹, notadamente os de interesse político. Nesse sentido, é importante que se esteja atento às propostas de revisão constitucional (HESSE, 2009, p.135) e às formas de interpretação constitucional¹⁰, a fim de salvaguardar os verdadeiros valores e princípios da Constituição, mantendo-se um equilíbrio das relações democráticas e fundamentais que advêm da defesa da democracia e dos direitos fundamentais. Quiçá esse seja o

⁹ “We propose a model that we call ‘democratic constitutionalism’ to analyze the understandings and practices by which constitutional rights have historically been established in the context of cultural controversy. Democratic constitutionalism views interpretive disagreement as a normal condition for the development of constitutional Law” (POST, 2007, p.374).

¹⁰ “Presidential politics and Supreme Court nominations, however, are blunt and infrequent methods of affecting the content of constitutional law. A more democratically dispersed and continuous pathway is the practice of norm contestation, which seeks to transform the values that underlie judicial interpretations of the Constitution” (POST, 2007, p.374)

maior desafio da jurisdição constitucional, e não mero controle ordinário de legalidade.

Nesse ponto, já se pode afirmar que, no Estado Democrático de Direito, não há como separar os direitos fundamentais da democracia; ambos se completam, se protegem e necessitam um do outro. Aliás, tal lembrança é bem ponderada quando se considera que cabe ao Poder Judiciário a missão de zelar, em última instância, pelos princípios e valores eleitos pela comunidade, protegendo-os de violações, não importando se advindas da parcela majoritária ou da parcela contramajoritária.

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa nas campanhas, abuso do poder econômico e manipulação dos meios de comunicação. O papel do Judiciário e, especialmente, das Cortes Constitucionais e Supremos Tribunais deve ser resguardar o processo democrático e prover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista, em lugar de realizar os princípios constitucionais (BARROSO, 2010, p.390-391).

Como se vê, a relação entre direitos fundamentais e democracia se dá em um terreno conturbado, que gera constantes tensões que os colocam a prova. Estamos diante do problema que Rousseau (1996, p.20-21) há muito formulou: como “encontrar uma forma de associação

que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes?”

3 Constitucionalismo democrático e jurisdição constitucional aberta: uma possível solução

A formulação da possível solução à antinomia não é nova, mas, não obstante, carece ser trabalhada e articulada constantemente. Almejar uma plena integração entre direitos fundamentais e democracia é o ideal, mas o ideal nem sempre é alcançável, diferentemente do possível. Uma decisão que envolva a tensão entre democracia e direitos fundamentais sempre irá agradar a uns e desagradar a outros, porém, não é em razão disso que ela não pode ser legitimamente adequada e acertadamente lançada. Para tanto, o que se propõe é o trato da questão a partir das premissas do constitucionalismo democrático ou democracia constitucional aliada à ideia de uma jurisdição constitucional aberta.

O constitucionalismo democrático engendra suas premissas sobre a articulação de três pontos, sendo eles: a) democracia; b) direitos fundamentais; c) jurisdição constitucional (MELLO, 2004, p.173). Aliando-se tais premissas à ideia de jurisdição constitucional aberta, significa dizer que a jurisdição constitucional deve estar aberta para a deliberação de todos, assumindo-a; e ela se assumindo como verdadeiro canal de representação popular¹¹, num processo de incessante avaliação e debate acerca da Constituição e da sociedade, sem que, contudo, extrapole os

¹¹ “Democratic constitutionalism recognizes the essential role of judicially enforced constitutional rights in the American polity. Unlike a juricentric focus on courts, democratic constitutionalism appreciates the essential role that public engagement plays in guiding and legitimating the institutions and practices of judicial review. Constitutional judgments based on professional legal reason can acquire democratic legitimacy only if professional reason is rooted in popular values and ideals. Democratic constitutionalism observes that adjudication is embedded in a constitutional order that regularly invites exchange between officials and citizens over questions of constitutional meaning” (POST, 2007, p.3)

limites substanciais que são apresentados pelos direitos fundamentais e desde que a decisão seja devidamente justificada (ALEXY, 2008, p.53).

Por certo que, como adverte Dworkin (2010, p.209), a representação não será a mesma que os poderes políticos do Estado realizam, já que, enquanto Legislativo e Executivo trabalham com razões políticas, o Judiciário irá trabalhar com argumentos idealísticos de princípios. Daí porque quando o Tribunal Constitucional, em nome dos direitos fundamentais, ataca uma decisão majoritária articulada no campo da representação popular política, não esteja se voltando contra “o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos” (ALEXY, 2008, p.54), cercados que estão, na oportunidade, pela crise de legitimidade. Tal argumentação só pode ser racionalmente e razoavelmente aceita se as razões apresentadas pelo Tribunal Constitucional: forem válidas e corretas (mesmo que no plano abstrato, ideal e principiológico); encontrarem amparo no público (o qual deve ser racional e disposto a ponderar o argumento, no sentido de gerar uma revisão de conceitos e convencimentos); estiverem em número razoável; e, também, se as razões forem construídas diante da abertura para o debate político da questão entre os variados grupos e interesses envolvidos (ALEXY, 2008, p.165).

É, portanto, pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa. Em outras palavras, a abertura constitucional permite que cidadãos, partidos políticos, associações etc. integrem o círculo de intérpretes da Constituição, democratizando o processo interpretativo — na medida em que ele se torna aberto e público — e, ao mesmo tempo, concretizando a Constituição (CITTADINO, 2002, p.31).

Deve-se salientar que o espaço da jurisdição constitucional não é o único ambiente em que a interpretação constitucional ocorre (HÄBERLE, 2002, p.14-16). Ainda que ciente disso deve-se considerar que, em razão da formação trazida pela Constituição Federal de 1988, a

tensão entre direitos fundamentais e democracia tende a encontrar seu termo na jurisdição constitucional, notadamente no Supremo Tribunal Federal¹².

É por isso que hoje se dá especial destaque para tal cenário, reconhecendo-se como possível que, mesmo no espaço do Poder Judiciário, o qual, historicamente, é o poder estatal de menor participação popular deliberativa, não obstante seja constantemente acessado processualmente, o debate ocorra de modo democrático e argumentativo. A partir das proposições de Peter Häberle¹³, hodiernamente, pode-se pensar num Poder Judiciário – mas não só na jurisdição constitucional – que, ao tempo em que abraça casos diversos envolvendo direitos fundamentais, está aberto para a participação popular, no sentido de fornecer legitimidade e amplo debate plural ao julgado que analisa.

No espaço da jurisdição constitucional, o exercício é ainda mais importante e as potencialidades são inenarráveis. Bons exemplos que já estão ocorrendo são a utilização do *amicus curiae* nos julgamentos

¹² “De outra parte, essa dimensão objetiva do sistema de direitos constitucionais que será tanto mais efetiva quanto maior for a eficácia normativa da Constituição, também depende da operosidade das instituições encarregadas do seu cumprimento. E o Poder Judiciário, na qualidade de último intérprete da Constituição— já que aqui prevalece o sistema jurisdicional de controle da constitucionalidade —, tem um papel proeminente. Mais que isso, não seria exagero afirmar que o constitucionalismo democrático brasileiro defende uma jurisdição constitucional que atue como regente republicano das liberdades positivas”. (CITTADINO, 2002, p. 34)

¹³ “Es conocido que Häberle defiende, proyectando sobre el Derecho constitucional la doctrina de Karl Popper, la existencia de una ‘sociedad abierta de intérpretes de la Constitución’. Con ello, alude a que la función de interpretar la Constitución no es una función exclusiva del tribunal constitucional, sino todo lo contrario: la interpretación de la Constitución corresponde también, por supuesto, a los otros tribunales, a los abogados, a la comunidad científica jurídica, pero no sólo a ellos (la ‘sociedad cerrada’ de intérpretes de la Constitución), sino también, en términos más generales, a toda la opinión pública, a todos los ciudadanos, con una libre competencia de interpretaciones de todos ellos (no hay ‘numerus clausus’ de intérpretes constitucionales: es la ‘sociedad abierta’ de intérpretes de la Constitución, que incluye a asociaciones, partidos políticos, sindicatos, iglesias, Casa Real, ciudadano, etc). Es más, dice Häberle, sólo formalmente tiene el tribunal constitucional la ‘última palabra’, pues materialmente quienes tienen la última palabra, o mejor, la penúltima palabra, son los ciudadanos y la comunidad científica” (CAMAZANO, 2010/2011).

do Supremo Tribunal Federal e a realização de audiências públicas pelo mesmo tribunal. O primeiro servindo como auxiliar em debates relevantes, inéditos, inusitados, difíceis ou controversos, ampliando a discussão e a pluralidade de perspectivas acerca da matéria (LEAL, 2010, p.3209). O segundo, como fornecedor de conhecimentos técnicos de áreas nem sempre afins do Direito. Ambos, como aberturas do Poder Judiciário para a participação popular e para o exercício da pluralidade, da democracia, da cidadania e da defesa dos direitos fundamentais (LEAL, 2010, p.3218). Contudo, parece claro que tais mecanismos merecem ser ampliados em número e em alcance, como bem adverte Häberle (2002, p.46-48):

Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas intervenções). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluraristas, enquanto intérpretes, em sentido amplo, da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa, sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador.

Diante do exposto nas sessões anteriores, o trinômio “direitos fundamentais-democracia-jurisdição constitucional” ganha especial destaque, máxime porque lida com discussões especiais, não só porque do âmbito da Lei Maior, mas também porque – é preciso reconhecer – a Constituição Federal e o Tribunal Constitucional lidam, cada vez mais, com assuntos de cunho político, no sentido de que deixam de ter importância exclusivamente ao Direito para serem dotados de relevância social, política e cultural, influenciando diretamente na vida de inúmeras pessoas (LEAL, 2010, p.3202-3203). Advém daí o fato de que, na seara dos tribunais e, mais notadamente ainda, no âmbito da

jurisdição constitucional, a construção proposta representa muito bem a ideia do constitucionalismo democrático e da jurisdição constitucional aberta.

Ademais, trilhar por essa via conduz ao pensar em direitos fundamentais de modo pré-violatório, direitos que são construídos, fundamentados e exercitados por todos, em momentos diversos¹⁴, abandonando-se a ideia de direitos fundamentais no sentido pós-violatório, que reserva ao Judiciário a missão reparatória e não preventiva. A jurisdição constitucional aberta fornece aos seus participantes a oportunidade de trabalharem como intérpretes da norma constitucional, possibilitando que o público esteja lado a lado com os intérpretes de praxe¹⁵.

¹⁴ “Para demonstrar o que afirmamos, devemos nos fixar neste pequeno exercício de reflexão: quantas violações de direitos humanos ocorrem todos os dias no mundo ou mesmo nos Estados que se dizem de direito? Certamente, muitíssimas, um número incalculável. Quantas destas violações são atendidas judicialmente, com sentença favorável e efetiva? Certamente que, sendo generosos, a proporcionalidade será de 0,0001%. Portanto, algo ocorre quando nosso imaginário caminha por paisagens tão pequenas. Se observarmos bem, é curioso comprovar que circunscrevemos direitos humanos a uma simples reivindicação ou demanda judicial, interposta ante os tribunais, uma vez que os mesmos tenham sido violados. Logo, costumamos defender uma concepção pós-violatória dos direitos humanos, ignorando ou fazendo pouco caso da dimensão pré-violatória. Os direitos humanos parecem que somente existem uma vez violados, não importando-nos aquela dimensão de sua realidade que se constrói e se destrói antes de acudir-se ao Estado”. (RUBIO, 2010, p.16)

¹⁵ “[...] um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação (interpretatorische Produktivkräfte); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (Vorinterpreteten). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”. (HÄBERLE, 2002, p.14-15)

Some-se a isso o argumento de que a jurisdição constitucional aberta, ao trabalhar democraticamente os direitos fundamentais, consegue um equilíbrio que aproxima não só as duas essencialidades do Estado Democrático de Direito, mas também a própria jurisdição constitucional da população, sem pensar em tensões, vencedores e derrotados.

Defendemos, pois, a ideia de que a jurisdição deve ser tomada como um espaço de ampliação da cidadania, onde o processo possa ser inclusivo enquanto local de exercício de participação política (*lato sensu*), de democracia direta, em que os integrantes desta 'nação de cidadãos' pensada por Habermas ajam, sim, comunicativamente, mas sempre orientados pelos valores postos pela própria Constituição e que, necessariamente, também devem envolver e vincular os magistrados por ocasião do exercício de sua função decisória. O exercício argumentativo deve ser focalizado exatamente na melhor justificação para os valores e princípios nela contidos, não só na esfera política, mas também dentro da esfera judicial e jurisdicional. A ideia que defendemos, portanto, é a de que, nesta disputa, não há vencedores e nem vencidos, pois ambos os aspectos são fundamentais e imprescindíveis, devendo ser percebidos, antes, como vinculados e interdependentes entre si: a jurisdição constitucional precisa resgatar mais amplamente as possibilidades de atuação democrática e emancipatória das partes, bem como o enfrentamento de posicionamentos divergentes (discurso, comunicação), mas sem perder de vista os aspectos valorativos que marcam o modelo do Estado Democrático de Direito, registrados e plasmados nos princípios integram a Constituição (LEAL, 2007, p.192).

A abertura da jurisdição constitucional para a participação democrática no seu seio, aliada com a possibilidade da formação de intérpretes diversos do texto dos direitos fundamentais, além de afiar os compromissos constitucionais, valoriza o pluralismo e a coexistência em sociedade. Ao mesmo tempo, corrobora a legitimidade da jurisdição constitucional no exercício de defesa dos direitos fundamentais e da democracia, que tendem a serem aproximados, porém, agora,

com auxílio da participação popular como igual guardião dos valores constitucionais¹⁶.

Conclusão

A antinomia que envolve a defesa concomitante da democracia e dos direitos fundamentais trata-se de uma questão de importância singular quando se mira a dignidade humana em um Estado Democrático de Direito. Não há como pensar as essencialidades em apartado, já que, entre elas, existe uma próxima relação de reciprocidade necessária: sem uma a outra não seria plena, ficaria prejudicada, e vice-versa. Surge daí a importância da jurisdição constitucional como defensora da democracia e dos direitos fundamentais. Sua função, entretanto, somente pode ser completa se não se deixar seduzir pelos encantos que tanto uma quanto a outra demonstram. Tender demasiadamente para

¹⁶ Uma destacável exposição da ideia pode ser encontrada em Mônia Clarissa Hennig Leal (2007, p.192-194): “A partir de todo o exposto com relação ao surgimento e à atuação da jurisdição constitucional, tem-se, pois, que a discussão acerca da sua legitimidade de guardião da Constituição no Estado Democrático não pode vir desvinculada de uma concepção em que o processo passe a se constituir em um novo locus de exercício da cidadania, orientado pela atuação ativa e efetiva dos indivíduos, porém, sem perder de foco a sua vinculação com os valores que norteiam a nossa sociedade. Não há democracia sem conteúdo, assim como também não há conteúdo que possa prescindir do procedimento. Assim, pode-se asseverar que os valores são vinculativos, mas que a sua real dimensão de conteúdo não se encontra pairando, de forma absoluta, no ar. Faz-se necessário que ela seja construída - daí a importância do procedimento entre cidadãos -, porém, sempre tendo como referência aqueles fins postos e incorporados pela Constituição, de maneira que ambos - conteúdo e procedimento - não podem, sob esse prisma, vir dissociados. Essa convergência e interação é que pautam, a nosso ver, o desafio da jurisdição constitucional, no sentido de sua legitimação e legitimidade. Uma vez posta a impossibilidade de se voltar atrás com relação à existência e à atuação da jurisdição constitucional, o debate que se põe é, então, o de como incluí-la, efetivamente, nos espaços da democracia, isto é, diante da (assim acreditamos) inevitabilidade de existência de um tal controle, a questão central que se põe é a de como construir, a partir da noção de Constituição aberta, também uma jurisdição constitucional aberta. Em outras palavras, cremos que o resgate da legitimidade da jurisdição constitucional não passa, precipuamente, por uma limitação ou restrição de sua atuação, muito menos por um retorno ao Legislativo como fórmula mágica para a restauração dos pressupostos da separação dos poderes. Isso porque, num Estado em que se pretende a igual dignidade, não há como se privilegiar, de forma simplista, a maioria identificada com o sistema representativo, pois o grande desafio que se coloca é a inclusão das minorias, muitas vezes fragilizadas no jogo democrático das leis, não só no sentido de participação, mas também no sentido de fruição dos direitos.

um dos pilares significa deixar o outro desprotegido e, assim, colocar em risco as disposições da Lei Fundamental e do Estado Democrático de Direito.

Apesar da hercúlea tarefa, a jurisdição constitucional não precisa encará-la solitariamente, já que, como visto, tornando-se aberta, aceitando a participação cidadã e democrática de diversas pessoas e setores da sociedade, poderá assumir-se e ser assumida como verdadeiro canal de representação popular e de defesa da dignidade da pessoa humana, já que terá sua legitimidade corroborada e ratificada. Tal qual a Constituição, a jurisdição constitucional tem seu real poder no simbólico, advindo da crença das pessoas nela e em suas disposições como justas. Logo, necessita de apoio e dedicação daqueles que sob sua proteção estão.

Para tanto, a jurisdição constitucional deve partir da premissa de que está predestinada a vagar sobre o liame da justiça e da injustiça

Nesse sentido, o Judiciário aparece como um locus privilegiado para construção/resolução dos conflitos, devendo ser percebido como um espaço a mais para o exercício da cidadania, ou seja, o que se demanda é a inclusão desse poder numa esfera (verdadeiramente) democrática. Tal fato pressupõe, por sua vez, a efetiva assunção de que cabe à atividade jurisdicional, sim, uma atuação de natureza política, pois a chave da harmonia entre os poderes do Estado reside, exatamente, não em sua separação, mas em seu consórcio, em sua complementariedade, permitindo que, nas situações em que um poder ou outro não cumpre plenamente com suas funções, haja ainda outras instâncias para a discussão das questões fundamentais que envolvem a sociedade. Trata-se, portanto, de uma inclusão do Poder Judiciário na esfera democrática, republicana, sendo essa a perspectiva sob a qual entendemos que a jurisdição (notadamente a jurisdição constitucional) deve ser compreendida. Nesse contexto, o desafio que se põe é, por conseguinte, assim como ocorre com a própria Constituição democrática, exatamente o de se conjugarem, interativa e integrativamente, as dimensões política e jurídica (normativa). E isso pressupõe, antes de tudo, para sua realização, uma participação efetiva e cidadã de todos e de cada um. [...] A Constituição democrática aparece, portanto, como possibilidade, e não como um compromisso definitivo, tendo-se como únicos valores absolutos o pluralismo e a coexistência. Nesse contexto, a argumentação e a capacidade de debate racional das questões centrais passam a desempenhar um papel fundamental. Mas essa função somente é viável se for desempenhada a partir de uma perspectiva ampla, includente, democrática e participativa”.

ao defender direitos fundamentais e democracia. Necessita, entretanto, lembrar e irromper reflexão em seus operadores que, tal qual a Justiça, é dita cega para manter-se equidistante e não para vender-se à realidade e a suas feridas, muitas das quais somente poderão ser adequadamente trabalhadas se contarem, de um lado, com a pluralidade que a democracia propicia e, de outro, com o verdadeiro respeito aos direitos fundamentais do ser humano, limites que são para a vontade de outros.

Uma comunidade (*lato sensu*) que busca dizer-se democrática de direito, não pode ceder às paixões momentâneas e precisa lembrar que a história do homem é uma anotação de lutas contra abusos (de poder), lutas que foram travadas com o sentimento de proteção à dignidade humana e à soberania popular. Em outros termos, a comunidade somente contará com uma jurisdição constitucional plena, apta a defender democracia e direitos fundamentais, se trabalhar, comprometidamente, ao seu lado.

Referências

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>>. Acesso em: 03 dez. 2011.

CAMAZANO, Joaquim Brage. Algunas ideas de Peter Häberle sobre la jurisdicción constitucional. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, DF, ano 4, 2010/2011. Disponível em: <<http://>

www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio>. Acesso em: 15 nov. 2011.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17-42.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Amicus Curiae*: jurisdição constitucional e democracia: uma análise crítica acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal e da efetividade da intervenção do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Coord.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. t. 10. p. 3200-3232.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. Barueri, SP: Manole, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem

democrática: uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MAUS, Ingborg. O judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, 2000.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do ministro Gilmar Mendes, na presidência da suprema corte do Brasil, em 23/04/2008**. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2011.

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

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rigts**: Civil Liberties Law Review, v. 42, n. 2, 2007, p. 374. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol42_2/CRCL422.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUBIO, David Sánches. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

Recebido em: 15/03/2012

Aprovado em: 02/06/2012