

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA: A APLICAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PARA A ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO¹

CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: THE APPLICATION OF RIGHTS AND
GUARANTEES FOR OPENING OF THE CONSTITUTION

Priscila Dalla Porta Niederauer Cantarelli²

Resumo

Para se falar em interpretação constitucional, é necessário analisar os pensamentos de autores alemães e americanos que tratam do tema, pois a interpretação constitucional não pode ser mais concebida nos seus moldes tradicionais, uma vez que necessita de um alargamento de seus intérpretes. Assim, para concretizar os direitos fundamentais garantidos na Constituição, realiza-se uma atividade interpretativa mais intensa, efetiva e democrática, tendo por objetivo principal analisar a complexidade acerca da atuação da jurisdição constitucional. Portanto, a ampliação do controle normativo do poder judiciário no âmbito das democracias contemporâneas tornou-se tema central de muitas das discussões nas ciências. Para a realização da pesquisa, adotou-se o método de abordagem dialético, a partir do qual o tema exposto será tratado considerando-se os conflitos internos nele presente e sua interação com os fenômenos jurídico-sociais de ordem prática em função dos quais se desvela sua finalidade. Desse modo, o princípio da democracia pode ser institucionalizado mediante um sistema de direitos que garanta a cada um igual participação em um processo de normatização jurídica.

Palavras-Chave: Interpretação constitucional. Participação. Princípios. Judiciário;

Abstract

To speak on constitutional interpretation is necessary to analyze the thoughts of German and American authors dealing with the issue. Because the constitutional interpretation can not be conceived in their traditional way, since requires a broadening of its interpreters. Thus to achieve the fundamental rights warranties in the Constitution requires a interpretative activity more intense effective

¹ Artigo recebido em: 11/05/2011. Pareceres emitidos em: 30/05/2011 e 08/06/2011. Aceito para publicação em: 12/09/2011.

² Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Advogada. E-mail: <priscila_dalla@hotmail.com>.

and democratic. As well as the expansion of the regulatory control of the judiciary in the context of contemporary democracies became a central theme of many discussions in sciences. The principle of democracy can be institutionalized through a system of rights that warrant each, equal participation in a process of legal regulation.

Keywords: Constitutional interpretation. Participation. Principles. Legal.

Sumário: *Introdução. 1. A Interpretação Constitucional Aberta e os direitos fundamentais. 2. A aplicação da nova hermenêutica constitucional para uma maior concretude de direitos. 3. A interface da jurisdição constitucional e o processo político. 4. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Conclusão. Referências Bibliográficas.*

INTRODUÇÃO

Para tratar de interpretação aberta e legitimidade da jurisdição constitucional, é indispensável analisar o posicionamento de autores consagrados acerca do tema, isso acontece porque a interpretação constitucional é uma atividade que diz respeito a todos. Destarte, serão examinados os direitos fundamentais e a relação entre direito e moral, no ponto de vista de Dworkin, assim como a dimensão objetiva desses direitos, considerando a concepção de Böckenförde. Ademais, para concretizar esses direitos, é necessária uma atividade interpretativa e uma ponderação de direitos fundamentais e, para tanto, deverá ser enfrentado o tema através das considerações de Alexy.

Do mesmo modo, será abordada a vinculação dos direitos fundamentais com a ideia de democracia participativa sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, juntamente com uma conexão aos procedimentos que assegurariam a formação democrática da opinião e da vontade. Tais procedimentos exigem uma identidade política por meio da análise das exposições de Habermas, assim como uma limitação da jurisdição constitucional através de um controle de natureza procedimental, qual seja, o processo político, e, para isso, deve-se observar o posicionamento de Ely.

Também será tratado sobre o processo de judicialização da política com a expansão do poder dos tribunais, o chamado “ativismo judicial”, fazendo-se imprescindível que a atuação do judiciário seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático. Uma vez que a aplicação do Direito, no que se

refere à concretização, passa a ser mais importante do que a sua própria elaboração (questão legislativa), ou concorrente com ela, será considerado o posicionamento de Böckenförde.

Mostrando-se imprescindível à interpretação do Tribunal Constitucional para a realização da democracia, reconstruindo, dessa forma, a relação entre o juiz constitucional e o legislador, ainda será defendida a ideia de Dworkin, o qual aponta para a fundamentação de todas as decisões judiciais.

Por fim, será estudado o pensamento de Tribe, que defende a valorização do papel material do Judiciário, criticando a redução da Constituição a um mero documento procedimental, pois, para ele, os aspectos constitucionais estão relacionados ao conteúdo e não à técnica.

1 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Häberle afirma que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista e, muitas vezes, esse processo se mostra difuso, pois se incorpora às ciências sociais e aos métodos de interpretação voltados para o atendimento dos interesses públicos e do bem estar geral. No entanto, a teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”, porque se concentra na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados (HÄBERLE, 1997, p. 11-12).

Essencialmente se acreditava que a interpretação era delimitada apenas pela atividade consciente de explicar a norma, mas, para uma análise realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, é indispensável um conceito mais amplo de hermenêutica, o qual abranja também cidadãos, grupos, órgãos estatais, sistema público e opinião pública. Desse modo, são representadas forças de interpretação como interpretes constitucionais em sentido *lato* e, assim, atuam, no mínimo, como pré-intérpretes, construindo a democratização da interpretação constitucional. Contudo, a jurisdição constitucional apresenta a última palavra sobre a interpretação.

Os novos conhecimentos da teoria da interpretação diz que ela é um processo aberto, e não é um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. Assim a ampliação do círculo de intérpretes é uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de integração, compondo essa realidade pluralista. Pois se a norma não é uma decisão prévia simples e acabada, é necessário indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional. (HÄBERLE, 1997, p. 30-31)

As constituições de letra viva, sendo entendida por letra viva aquelas cujo resultado é a obra de todos os intérpretes da sociedade aberta, são, em seu fundo e em sua forma, expressão em instrumento mediador de cultura, marco reprodutivo e de recepções culturais e depósito de futuras configurações culturais, experiências, vivências e saberes. Assim, a realidade jurídica de todo o Estado constitucional é só um fragmento da realidade constitucional viva, e seus textos e contextos são uma forma de suas realidades culturais (HÄBERLE, 2000, p. 35).

Häberle assevera que a Constituição é o processo cultural no sentido de a Teoria da Constituição ter referência na constituição democrática, essa interpretação é a que vem sendo entendida no ocidente. Esse processo cultural está se compondo de elementos reais e ideais, estatais e sociais, todos eles apenas localizados em um único estado constitucional de forma simultânea para se conseguir um nível de “ser” o mais adequado possível, em vistas de um “dever ser”. Seus elementos são: a dignidade da pessoa humana como premissa que deriva a cultura de todo um povo e dos direitos humanos universais; a soberania popular como forma identificatória de uma colaboração que se renova cada vez de forma aberta e responsável; a Constituição como pacto no qual se formulam objetivos educacionais e valores orientadores possíveis; e a divisão dos poderes e do Estado de Direito e o Estado Social de Direito (HÄBERLE, 2000, p. 33).

Os direitos dos homens têm um caráter moral e estão relacionados com o direito. Um exemplo que Alexy (1999, p. 60) traz é que “o direito moral à vida, implica um direito moral à proteção por um direito positivo estatal”. Portanto, existe um direito ao Estado, mas também um direito moral ao direito positivo, pois o respeito aos direitos do homem é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo. Desse modo, protegendo os direitos do homem, o direito positivo se legitima.

Nesse sentido, Dworkin (2003, p. 3) afirma que não é possível separar direito e moral, já que os princípios decorrentes da moral não estão sujeitos ao reconhecimento de autoridade competente, pois não nascem com a legislação, precisando ser positivados. No entanto, os aspectos morais e valorativos devem se fazer presentes no momento da aplicação do direito.

Dworkin ainda sustenta que os processos judiciais têm outro aspecto que não pode ser avaliado em termos de dinheiro ou liberdade. Há, inevitavelmente, uma dimensão moral associada a um processo judicial legal e, portanto, um risco permanente de uma forma inequívoca de injustiça pública. E se esse julgamento for injusto, logo a comunidade terá infligido um dano moral a um de seus membros por tê-lo estigmatizado, em certo grau ou medida, como fora-da-lei. A lesão é mais grave quando se condena um inocente por um crime não cometido, mas já é bastante considerável quando um queixoso com uma alegação bem fundamentada não é ouvido pelo tribunal, ou quando um réu dele sai com um estigma imerecido.

Ademais, o julgamento deve ser substantivo e trata-se de um reconhecimento, segundo Dworkin, de que as decisões devem ser justificadas de um ponto de vista moral, o que traz à tona o debate sobre sua subjetividade e a (i)legitimidade da atuação dos juízes.

Para Dworkin, todavia, essa leitura moral não possui nada de revolucionário, a não ser o fato de admitir e explicitar esta vinculação, já que advogados e juízes, em sua prática cotidiana, instintivamente percebem a Constituição como expressando aspectos morais (situação para a qual não há uma opção alternativa). Assim, a novidade reside no fato de se explicitar e reconhecer este fato, e não na leitura moral da Constituição propriamente dita (LEAL, 2007, p. 167).

Em relação aos direitos fundamentais, Alexy (1999, p. 61) sustenta que os direitos do homem tratam de interesses e carências para os quais valem coisas distintas, mas o interesse ou carência tem de ser tão fundamental que a necessidade de seu respeito ou proteção se deixe fundamentar pelo direito. Esse interesse é fundamental quando a sua violação resulta em morte, sofrimento grave ou influência no núcleo essencial da autonomia, sendo compreendidos aqui não só os direitos de defesas liberais clássicos, mas também os direitos sociais que visam assegurar um mínimo assistencial. No entanto, para o autor, a codificação dos

direitos do homem por uma Constituição transformando-os em direitos fundamentais não resolve o problema da institucionalização, porém caracterizam quatro extremos, como o escalão hierárquico supremo, que dá aos direitos hierarquia constitucional, a qual dá ensejo à força de concretização suprema que vincula os três poderes, mas nenhum desses extremos iria significar muito se os direitos fundamentais tratassem de questões sem importância. Desse modo, Alexy (1999, p. 63) assegura que:

entre tantos direitos positivados podem ocorrer conflitos, então, mostra-se necessária uma ponderação como parte de um exame de proporcionalidade, e esse é o problema da dogmática dos direitos fundamentais e também a razão principal para a abertura dos catálogos de direitos fundamentais. E cabe ao tribunal constitucional a interpretação dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, Cittadino (2002, p. 32) garante que, para concretizar o sistema de direitos constitucionais, implica-se uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática, quanto maior for o nível de abertura constitucional existente, pois não se prescreve o regime de aplicabilidade imediata da maioria das normas relativas a direitos fundamentais.

Segundo Böckénforde, tentando compreender o fenômeno que se opera no sentido da eficácia imediata atribuída a esses direitos, esta eficácia constitui uma novidade dos direitos fundamentais com relação à dimensão subjetiva, onde eles eram tidos como meras normas programáticas. Isso não implica, contudo, uma alteração substancial dos direitos fundamentais, pois também os direitos subjetivos, em sua feição liberal-individualista, são tidos como vinculantes e possuem eficácia imediata (LEAL, 2007, p. 103).

Entretanto, Alexy (1999, p. 65) sustenta que quem quer institucionalizar os direitos do homem no mundo como ele é somente através do modelo realista determina que direitos fundamentais e democracia sejam duas compreensões em sentido contrário, e assim se contradizem. Os direitos fundamentais são democráticos, porque garantem direitos de liberdade e igualdade e asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas e são capazes de manter o processo

democrático na vida. Em contra partida, os direitos fundamentais são ademocráticos, porque eles desconfiam do processo democrático³.

Cittadino (2002, p. 28) sustenta que, recusando o constitucionalismo liberal, marcado pela defesa do indivíduo racional, deve-se passar para um constitucionalismo societário e comunitário que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humana. É exatamente a Constituição-dirigente que entra em choque com a cultura jurídica positivista e privatista, que objetiva preservar a esfera da ação individual.

Os direitos fundamentais positivados constitucionalmente recebem uma espécie de validação comunitária, pois fazem parte da consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica. É a ausência de qualquer dogmatismo jusnaturalista que permite a utilização do conceito de abertura constitucional. É, portanto, pela via da participação político-jurídica – alargamento do círculo de intérpretes da Constituição – que se processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa.

2 A APLICAÇÃO DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PARA UMA MAIOR CONCRETUDE DE DIREITOS

Foi sempre o temor ou o cuidado de declarar uma lei inconstitucional que produziram as modernas formas de interpretação constitucional, que objetivam, principalmente, conservar a norma no ordenamento jurídico, tendo como embasamento o princípio da economia, da segurança jurídica e da presunção de constitucionalidade das leis e como intuito a procura de uma interpretação que compatibilize a norma tida como "inconstitucional" com a Carta Magna. Parte-se da ideia de que, na maioria dos casos, essa inconstitucionalidade da norma vai dar espaço a um vazio legislativo, que causará sérios danos ao ordenamento jurídico.

³ Segundo Maus (2000, p. 131), a relação entre poder do Estado e cidadãos elabora-se como o oposto da forma tradicional da família dominada pela figura paterna. A concepção de democracia de Estado inverte as relações naturais: nela os filhos aparecem em primeiro plano, sendo-lhes derivado o pai.

Pode-se explicar o surgimento das novas técnicas de interpretação constitucional com base no fato de que cada disposição legal deve ser considerada na composição da ordem constitucional vigente, e não ficar restrita ao âmbito do conjunto das disposições da mesma lei ou de cada lei no conjunto da ordem legislativa (BASTOS, 2002, p. 269).

O método integrativo ou científico-espiritual foi desenvolvido por juristas alemães, capitaneado por Rudolf Smend, como acentua Paulo Bonavides:

A concepção de Smend é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta (BONAVIDES, 1997, p. 478).

A Constituição se torna por consequência mais *política* do que *jurídica*. Reflete-se assim essa nova tomada de sentido na interpretação, que também se "politiza" consideravelmente do mesmo modo que ganha incomparável elasticidade, permitindo extrair da Constituição os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época, e as circunstâncias. Portanto, nesse novo meio de interpretação, chega-se a amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas. Já não se menosprezam, em consequência, os chamados fatores extraconstitucionais, que a interpretação formalista costumava ignorar por meta-jurídicos, mas que têm importante lugar na operação integrativa da Constituição (BONAVIDES, 1997, p. 479-480).

O método tópico veio a ser empregado na esfera jurídica através de Theodor Viehweg, em razão da insuficiência do método científico dos naturalistas. Martin Kriele, Peter Häberle, Friedrich Müller e Konrad Hesse voltaram-se também para a tópica, especificamente para uma teoria material da Constituição, construindo estradas próprias com o propósito de alcançar objetivos semelhante.

Pensar o problema constitui o cerne da tópica em suas exposições sobre o método, novo estilo de argumentação e acesso à coisa. A interpretação tópica procura evidenciar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional. O pesquisador procura abarcar o problema como uma questão aberta, tanto quanto admissível. A partir dessa posição, extraem-se e examinam-se as presumíveis soluções e, desse modo, chega-se à decisão final.

No entanto, para Viehweg e Esser, existe um confronto entre o pensamento tópico e o sistêmico. O pensamento sistêmico seria por excelência um pensamento “dedutivo”, ao contrário da tópica. Enquanto técnica jurídica da práxis, o pensamento tópico estaria sempre envolvido para a determinação do “respectivamente justo”, para a solução peculiar de cada caso, pensado como um problema em toda a sua complexidade. Os limites da tópica se encontram já na sua função instrumental, pois ela é uma técnica que simplesmente ajuda a descobrir que conhecimentos e interrogações podem, em cada caso, desempenhar determinado papel, sem oferecer por si mesma a suficiente fundamentação da solução.

Posto um problema constitucional concreto, os intérpretes utilizam-se de vários *topoi* ou pontos de vista, sujeitos a serem legitimados como premissas (caso venham a ser aceitos pelo interlocutor), visando resolver o problema por meio da interpretação mais adequada ao problema ou, noutras palavras, mais razoavelmente justa. Dessa forma, percebemos que os *topoi* servem de auxiliar de orientação ao intérprete, constituem um guia de discussão dos problemas e permitem a decisão do problema jurídico em discussão (BONAVIDES, 1997 apud ESSER, p. 44).

A tópica representa o tronco de onde partem na Alemanha as direções e correntes mais empenhadas em renovar a metodologia contemporânea de interpretação das regras constitucionais. Portanto, as normas jurídicas passam para um segundo plano, adquirindo a natureza de *topoi*. Em se tratando da Constituição, esta perde em muito o seu aspecto formal. Assim esclarece Paulo Bonavides:

A invasão da Constituição formal pelos *topoi* e a conversão dos princípios constitucionais e das próprias bases da Constituição em pontos de vista à livre disposição do intérprete, de certo modo enfraquece o caráter normativo dos sobreditos princípios, ou seja, a sua juridicidade. A Constituição, que já é parcialmente política, se torna por natureza politizada ao máximo com a metodologia dos problemas concretos, decorrentes da aplicação da hermenêutica tópica (BONAVIDES, 1997, p. 495).

No campo constitucional, a importância da tópica é decisiva na medida em que produz uma reorientação básica da doutrina, mas corre o risco de tomar, na esfera do Direito Constitucional, uma dimensão metodológica.

Mostra-se necessário apontar o método de interpretação constitucional de Friedrich Müller que intenta fundamentar uma teoria material do Direito, afastando-se assim por inteiro das correntes formalistas. O método de Müller é concretista. Tem sua inspiração maior na tópica, mas a modifica em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta. Desse modo, Müller visa organizar o processo de interpretação, o qual é por ele visto como algo complexo, formado por diversos elementos, razão pela qual não há um ponto final, mas, auxiliando o operador, um método seguro, científico e rigoroso que permite o alcance do verdadeiro direito, que não se confunde com o texto da norma, o qual em momento nenhum é menosprezado ou abandonado pelo autor (BONAVIDES, 1997, p. 498-499). Como assinala Bonavides (1997, p. 500):

a exaustiva perquirição de Müller busca evitar o hiato, a separação, a antinomia das duas Constituições – a formal e a material – bem como aquele conhecido confronto da realidade com a norma jurídica. É nesse dualismo que a metodologia concretista, ao tornar fática a norma, se empenha com mais afinco por evitar.

Müller procura demonstrar que a jurisprudência da Corte de Karlsruhe já não pode ocultar, através de artifícios verbais, a ruptura com os métodos costumeiros de interpretação constitucional, de modo que se torna admissível questionar a visão clássica da norma jurídica e sua aplicação. O autor vale-se, para tanto, da análise dos processos atuais empregados, inclusive, pela Corte de Karlsruhe, na sua tarefa de concretizar a Constituição e transportar ao abandono das velhas e tradicionais concepções dos intérpretes formalistas.

Um dos métodos de interpretação constitucional que a tópica mais influenciou atualmente foi o método concretista da “Constituição Aberta” teorizada por Peter Häberle, o qual levou a tópica às últimas consequências, através uma série de fundamentações e legitimações que se aplicam ao campo dos estudos constitucionais, resultantes da democratização do processo interpretativo, pois não está mais ligado ao corpo clássico de intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional, mas se estende a todos os cidadãos. A interpretação em sentido estrito é a que usa os métodos tradicionais de Savigny, de procedência civilista. A interpretação em sentido lato é a que oferece um amplo terreno à discussão e à

renovação, tendo sido desfavorecida pelos preconceitos dos juristas técnicos de visão formalista.

Assim, unidas as duas interpretações, podem os direitos fundamentais e a democracia pluralista, tanto na prática como na teoria, ser levados efetivamente a sério, porque as duas formas de interpretação se correlacionam. Não é possível estabelecer entre ambas uma delimitação rígida, sobretudo quando se sabe que na sociedade democrática há juízes “técnicos”, peritos e jurados que, não sendo juristas de profissão, contribuem para a abertura da categoria dos intérpretes da Constituição em sentido estrito (BONAVIDES, 1997, p. 510-511).

A tese de Häberle é de que a interpretação da Constituição é abrangida por todos os órgãos estatais, todos os entes públicos, todos os cidadãos, todos os grupos, não havendo *números clausus* de intérpretes constitucionais. Desse modo, constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional. Assim, o processo político deve ser tanto quanto possível aberto, necessitando, em algum momento, ter uma interpretação “diversionista”, uma vez que essa teoria constitucional democrática assume a responsabilidade por uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 55).

A interpretação da Constituição, tida até então como um ato consciente, deliberado e formal do jurista de profissão como causa da “sociedade fechada”, deve, porém, considerar-se pela nova metodologia como obra da sociedade aberta, de quantos dela participam materialmente. A interpretação da Constituição está sempre a constituir a sociedade aberta e a ser por ela constituída, sendo seus critérios tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (BONAVIDES, 1997, p. 512).

Entretanto, faz-se crítica a nova metodologia da “Constituição aberta”, pois depende de uma eficaz aplicação, da presença de sólido consenso democrático, da base social estável, de pressupostos institucionais firmes e da cultura política bastante desenvolvida. Esses fatores são difíceis de encontrar nos sistemas políticos e sociais de nações em desenvolvimento, sendo tão importantes que podem invalidar a metodologia. Até mesmo para Constituições de países desenvolvidos a serventia desses fatores se torna relativa e questionável em sua adoção desmedida,

porque debilitaria o fundamento jurídico específico do edifício constitucional, acabaria por dissolver a Constituição e sacrificar a estabilidade das instituições.

Assim, o surto de preponderância concedida a elementos fáticos e ideológicos de natureza irreprimível é capaz de exacerbar a sociedade, o antagonismo de classes, a competição dos interesses e a repressão das ideias. No entanto, a crítica que se faz a esse método concretista da Constituição aberta é de que, nos sistemas efetivamente democráticos, poderá revelar-se excelente para manter o *estatus quo* da liberdade, mas, nos Estados pouco desenvolvidos, seu préstimo será menor como recurso para manter as crises. O emprego desse instrumental, com a desorganização da consciência jurídica e a impotência normativa da lei, poderia ocasionar o desenlace institucional (BONAVIDES, 1997, p. 516).

Outro método é o da interpretação conforme a Constituição, que não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição. Dessa forma, nenhuma lei será declarada inconstitucional se comportar uma interpretação em harmonia com a Constituição, conservando seu sentido.

A aplicação desse método parte da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se, ao mesmo passo, o princípio de que, em caso de dúvida, a lei será interpretada conforme a Constituição, não devendo interpretar isoladamente a norma constitucional, uma vez que o conteúdo geral da Constituição procede de princípios elementares da ordem constitucional, representando a Constituição um todo, uma unidade, um sistema de valor. Esse princípio busca conservar a norma, sendo um instrumento de segurança jurídica contra declarações precipitadas de invalidade da norma. A declaração de nulidade da lei é o último recurso de que lança mão o juiz quando está persuadido da absoluta inconstitucionalidade e já não encontra saída, senão reconhecê-la incompatível com a ordem jurídica (BONAVIDES, 1997, p. 518-519).

Um aspecto negativo dessa interpretação é o risco de valer-se no ordenamento constitucional de normas inconstitucionais e de uma interpretação da Constituição conforme a lei. Entretanto, o lado positivo é a fidelidade do método quanto à preservação do princípio da separação de poderes. Isso faz com que juízes

e tribunais compreendam que sua incumbência não é desautorizar o legislativo ou nele se imiscuir por via de sentenças ou acórdãos, mas apenas controlá-lo, inclinando-se para a obra de aproveitamento máximo dos conteúdos normativos, ao reconhecer-lhes sempre que possível a referente validade. Porém, pode ocorrer que a vontade do juiz para salvar a lei substituiu a vontade do legislador.

Na medida em que o método empregado para manter a lei com o máximo de constitucionalidade que for possível nela vislumbrar, em face de interpretações ambíguas, não restará dúvida de que ela não só preserva o princípio da separação de poderes, como reconhece ao legislador uma posição de hegemonia no ato da concretização constitucional, o que está de acordo com o princípio democrático encarnado no legislativo, mas o excesso de zelo em manter as leis pode desfigurar esse aspecto positivo do método, fazendo-o negativo e igualmente atentatório ao próprio princípio da separação de poderes. Isso ocorre quando o Tribunal, para não declarar nula uma lei, perde de vista as limitações necessárias de seu ofício e acaba reformando a lei (BONAVIDES, 1997, p. 523).

O método tomado sem exagero, não desabona a função legislativa nem tampouco diminui a magistratura nos poderes de conhecer e interpretar a lei pelo prisma de sua constitucionalidade. Quanto mais rígida a Constituição e quanto maior o obstáculo para sua reforma, maior é a importância da interpretação e assim mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos interpretativos para se fazer uma perfeita acomodação entre a Carta Magna e as reivindicações do meio político e social.

Dessa forma, a interpretação preenche uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica e para acolher, dentro dos limites formais, as mudanças da sociedade, tanto no desenvolvimento como na existência de novas ideologias.

Fica difícil interpretar sem se levar em conta as realidades políticas pelas quais passa o país. As discussões mobilizam o espírito de todos os setores da sociedade, que são altamente ideológicos, e se fazem sentir na interpretação do direito, em função do que se fala, então, de uma atualização das regras jurídicas por meio do processo interpretativo (BASTOS, 2002, p. 265).

3 A INTERFACE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PROCESSO POLÍTICO

Se o teor universalista do Estado Democrático de Direito é o mesmo, ele será admitido em cada contexto histórico, diante das distintas formas culturais de vida. Habermas quer evidenciar que o patriotismo constitucional não pode prescindir de uma determinada identidade política, precisa que seja concretizado em cada caso conforme as condições históricas. Para o autor, a ideia de direitos humanos e da soberania do povo determina a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos. Na medida em que tradições culturais e processos de socialização tornam-se reflexivos, utilizam a consciência da lógica de questões éticas e morais que estão estruturadas no agir orientado pelo entendimento (HABERMAS, 1997, p. 128).

Assim, argumentos em prol da legitimidade do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal, da mesma forma que os princípios éticos de uma conduta de vida projetada tanto no indivíduo como no coletivo. Na medida em que as questões morais e éticas se diferenciam entre si, encontram a sua expressão na dimensão da autodeterminação e da autorrealização (HABERMAS, 1997, p. 133).

O visado nexa interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de uma forma de exercício da autonomia política, que é garantido mediante a formação discursiva da opinião e da vontade, e não através das leis gerais.

O autor também destaca o papel do legislador quanto ao poder de conformação como intérprete constitucional, diferenciando-se qualitativamente do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação. Mas o processo político não é um processo liberto da Constituição: o legislador atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. A jurisdição constitucional é um catalisador essencial da Ciência do Direito Constitucional como interpretação constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 26-28).

No mesmo sentido, apresenta-se a visão de Ely (2010, p. 137) quando afirma que os valores a serem protegidos pelo direito devem ser determinados e convencioneados pelo processo político, principalmente quando se trata de uma

democracia representativa. No que se refere aos tribunais, não cabe a tarefa de interpretação valorativa da Constituição e de garantia de direitos substantivos, já que estes devem ser especificados e determinados em uma instância política, e não em uma instância jurídica. Portanto, aos tribunais não cabe criar novos direitos ou ampliar o conteúdo ou extensão de direitos já existentes.

Como lembra a professora Mônia Leal, Ely busca fortalecer e ao mesmo tempo restringir a jurisdição constitucional através de um retorno a um referencial de controle de natureza procedimental, em suas palavras:

A posição de Ely se apresenta com uma característica aparentemente contraditória, a partir do momento em que fortalece e ao mesmo tempo limita a atuação da jurisdição constitucional. Por meio da retração e limitação ao aspecto procedimental, a atuação das Cortes a restringida e o processo político, fortalecido, porém, sem que isso implique a discriminação ou prejuízo de minorias, que devem ter os seus direitos fundamentais assegurados (no que a atuação jurisdicional a reforçada). Em outras palavras, trata-se de um modelo que intenciona, a um só tempo, fortalecer e restringir a jurisdição constitucional por meio de um retorno a um referencial de controle de natureza procedimental, em que o processo político pretende ser reforçado sem que isto implique em uma renúncia de proteção dos direitos das minorias (LEAL, 2007, p. 157).

De acordo com Ely (2010, p. 87), o acesso a um processo político aberto a todos e, com isso, o reforço do papel representativo com igual respeito para minorias e majorias se apresenta como o principal tema da jurisdição constitucional, determinando a natureza procedimental da Constituição americana, cujo principal conteúdo reside em afirmar que as escolhas substantivas sejam abertas a todos os interessados, garantindo-se a preservação da democracia e evitando-se a necessidade de uma imposição de valores por parte dos Tribunais, tidos como ilegítimos e não aptos para julgar e apreciar questões dessa ordem no contexto de um sistema representativo.

Assevera Häberle (1997, p. 53) que a fixação exclusiva da jurisdição tem de ser superada. Para ele, é possível cogitar a ideia de que a doutrina constitucional também integre a teoria da legislação, sendo admitida como interlocutora do legislador. Portanto, constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional. Assim, o processo político de ser tanto quanto possível aberto, devendo, em algum momento, ter uma interpretação

diversionista, já que essa teoria constitucional democrática assume a responsabilidade por uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

No que se refere às múltiplas faces do processo de judicialização da política, Cittadino (2002, p. 17) afirma que a ampliação do controle normativo do poder judiciário, no âmbito das democracias contemporâneas, tornou-se tema central de muitas das discussões na ciência política, sociologia jurídica e filosofia do direito. E nos países latino americanos de jovens democracias existe uma forte pressão e mobilização política da sociedade que está na origem do “ativismo judicial”, ou seja, na expansão do poder dos tribunais, ou no processo de judicialização da política.

O fato do domínio da lei ter sido confundido com a soberania do povo transformou a ideia de domínio em autolegislação. A vinculação estrita a legislação do aparelho judicial do Estado é ressaltada através do inquestionável primado do legislativo sobre os demais poderes do Estado. No modelo clássico de separação de poderes, tinha o sentido exclusivo de submeter esse aparato à vontade legislativa do povo (MAUS, 2000, p. 133), pois o sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos e nem a uma interpretação ética da soberania do povo, já que a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta, assim como não pode ser subordinada à sua autonomia política (HABERMAS, 1997, p. 138).

Entretanto, para obter critérios precisos entre o princípio da democracia e o da moral, Habermas parte da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Assim, somente podem ter validade legítima leis jurídicas capazes de encontrar a concordância de todos os parceiros do direito em um processo jurídico de normatização discursiva, partindo do pressuposto de que uma formação político-racional da vontade é possível e de que o princípio da democracia pode ser institucionalizada, mediante um sistema de direitos que garanta a cada um igual participação em um processo de normatização jurídica (HABERMAS, 1997, p. 145-146).

Defende Böckenförde que o controle de constitucionalidade como uma forma específica de garantia da Constituição deve ser analisada em relação com o Estado democrático de Direito:

Diante de tal fato, que faz de certo modo sugerir a inevitabilidade de uma atuação dessa natureza por parte do Tribunal Constitucional ou, na lógica do autor, de qualquer outro órgão que configure a última instância de decisão, a questão central que se coloca é, portanto, a de quais os mecanismos de legitimação capazes de conferir sustentabilidade democrática a essa instituição. Em outras palavras, é possível dizer que também a jurisdição constitucional pressupõe e precisa se legitimar democraticamente, o que traz ínsita a idéia de que, ao exercer a sua função, ela não pode se apropriar, ela mesma, de seu objeto, qual seja, o Direito. Dito de outro modo, tem-se que o controle (de constitucionalidade, no caso) não pode, ele mesmo, enquanto tal, fugir do controle, tornando-se um risco em vez de uma garantia (LEAL, 2007, p. 102).

O emprego das normas de caráter principiológico que identificam a ordem objetiva e concreta de valores faz com que a interpretação seja substituída pela ideia de concretização⁴, conduzindo a um novo arranjo da relação entre jurisdição e legislação, pois esta mesma concretização provoca, em última instância, uma função de natureza "quase legislativa", fazendo com que desapareça a diferença qualitativa existente entre elas. Portanto, a aplicação do Direito passa a ser, em última instância, mais importante do que a sua própria elaboração, ou, pelo menos, concorrente com ela.

4 LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Segundo Maus (2000, p. 135) a expectativa depositada na Justiça de que ela possa funcionar como instância moral se manifesta não somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular. Ainda afirma que a Justiça aparece como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e justa.

Dworkin (1996, p. 160) busca estabelecer o pressuposto de que o juiz está vinculado a determinados princípios preexistentes, ou seja, o argumento de que o autor se vale é o de que, ao estar vinculado a determinados princípios, ainda que

⁴ Interpretação e concretização se diferenciam, por conseguinte, no sentido de que a primeira consiste em uma averiguação de sentido de algo já pré-dado, cujo conteúdo se torna mais rico em razão dessa atividade de contraste com a realidade concreta; na segunda, pelo contrário, tem-se uma concretização - criativa - que consiste num preenchimento, numa atribuição de conteúdo a algo que somente está posto em linhas gerais. (LEAL, 2007, p. 107).

abertos e genéricos, o magistrado desenvolve uma atividade vinculada, o que não significa que ela não prescindir de interpretação.

Para o Häberle (1997, p. 33-34), do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser consideradas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição, já que limitar a hermenêutica constitucional aos interpretes “corporativos” ou autorizados juridicamente pelo Estado significaria um empobrecimento.

A representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que a representação pelo parlamento. O tribunal será representativo discursivamente, quando aceitarem o seu discurso jurídico-constitucional racional enquanto instância de reflexão do processo político, mas o ideal da Declaração⁵ pode ser realizado sem que precise fracassar em uma contradição interna entre direitos fundamentais e democracia (ALEXY, 1999, p. 66).

No que se refere à concretização da Constituição e separação de poderes, deve-se ter em mente que o ativismo judicial não significa o dever de os processos deliberativos democráticos conduzirem as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.

O processo de judicialização da política não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por meio do Poder judiciário, pois a própria Constituição institui diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios. E essa responsabilidade é de uma cidadania juridicamente participativa que depende da atuação dos tribunais, mas, sobretudo,

⁵ O autor propõe uma indagação sobre se existe uma contradição na Declaração Universal dos Direitos do Homem entre direitos fundamentais e democracia? Para responder ele apresenta a análise de três modelos: um ingênuo, um idealista e um realista. Segundo o primeiro modelo não pode existir um conflito, pois tanto direitos fundamentais e democracia são algo bom, mas Alexy assevera que como existe entre esses bens fundamentos caracterizados por finitude e escassez, existe um conflito. No segundo modelo, admite o conflito, mas por ser idealista, acredita que em uma sociedade ideal os representantes políticos não querem violar os direitos fundamentais dos cidadãos através de decisões parlamentares. (HÄBERLE, 2000, p. 64).

do nível de pressão e mobilização política que sobre eles se fizer (CITTADINO, 2002, p. 39).

Conforme Maus (2000, p. 153-154), a dinamização da proteção dos bens jurídicos sujeita cada vez mais setores sociais à intervenção casuística de um Estado que, em nome da administração de crises ou de sua prevenção, coloca em questão a autonomia do sujeito para garantir a autonomia dos sistemas funcionais. Ao mesmo tempo em que a moralização da jurisprudência serve também à funcionalização do direito, a Justiça ganha um significado duplo. A nova *Imago* paterna afirma de fato os princípios da “*societate orfã*”. Nessa sociedade, exige-se igualmente resguardo moral a fim de se enfrentar pontos de vista morais autônomos, oriundos dos movimentos sociais de protesto. Os parlamentos podem mais facilmente desobrigar-se da pressão desses pontos de vista que vêm “de baixo”, na medida em que já internalizaram eles próprios os parâmetros funcionalistas de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.

A própria Teoria do Direito Livre fundamentara suas problemáticas exigências com a afirmação correta de que os chamados “destinatários jurídicos” não se deixam orientar pelo direito legal, comportando-se segundo o direito livre, o qual corresponde as normais sociais e convenções morais. Os indivíduos contêm-se de furtar, roubar ou matar não porque conheçam os artigos da lei, mas sim porque seguem as convenções morais que praticam desde a infância (MAUS, 2000, p. 155).

Portanto, Maus sustenta que, com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma justiça que faz das normas livres e das convenções morais o fundamento de suas atividades, reconhece-se a presença da coerção estatal, que, na sociedade marcada pela delegação do superego, localiza-se na administração judicial da moral.

Häberle (2000, p. 41) traz funções estatais e seus respectivos resultados como as obras do poder legislativo, executivo e judiciário, incluindo os aspectos contenciosos de toda prática meramente administrativa e os de representatividade da mais alta magistratura. As decisões vinculantes em última instância assim como as procedentes do Tribunal Constitucional em sua estruturação escalonada atingem qualquer parte interessada no processo junto com sua própria compreensão das respectivas decisões adotadas a respeito das funções estatais e seus resultados.

Segundo Häberle (2000, p. 46), é evidente que o Direito, a Ciência jurídica, os juízes e os legisladores não podem existir por si mesmos, porque todos eles dependem de certos materiais, ações e procedimentos, assim como de novos conhecimentos teóricos e experiências, tampouco é menos certo que dependem de novos ideais e expectativas que permitam ao Direito tradicional apresentar novas perspectivas que o obriguem a defender algumas de suas posturas secularmente mantidas.

Tem-se, pois, por parte de Dworkin, uma espécie de percepção ao mesmo tempo criativa e vinculada da interpretação e da aplicação do direito pelos tribunais, que lhe é bastante peculiar. É nesta perspectiva, por sua vez, ao referir que as críticas à leitura moral da Constituição pelos juízes são hiperbólicas, que o autor deixa claro que essa prática não é, de modo algum, contrária ao princípio republicano, senão indispensável para a própria democracia, eis que ela não pressupõe ou estabelece que os juízes devem ter a última palavra, porém, tampouco insiste ou determina que eles não a devam ter (LEAL, 2007, p. 169)

Portanto, pode-se dizer que a doutrina de Dworkin, em relação ao controle de constitucionalidade, reconstrói as relações entre o juiz constitucional (como garantidor dos direitos fundamentais e das minorias) e o legislador (como representante da vontade da maioria expressa pelo parlamento). Assim, Dworkin acrescenta ainda outro argumento a favor da legitimidade dos tribunais ao afirmar que, em meio a um regime democrático em que não há uma igualdade genuína de poder político e no qual muitos cidadãos são absolutamente destituídos de privilégios, aqueles que não possuem representatividade ganham mais do que perdem, enquanto outros ganham em poder político com essa transferência (LEAL, 2000, p. 171)⁶. Em defesa da interpretação feita pelos juízes Dworkin afirma que:

o papel atualmente desempenhado pelos juízes já foi, historicamente, desempenhado por padres e por soberanos; a diferença, no entanto, é que nenhum deles precisava justificar e fundamentar as suas ações em princípios, o que configura, de outro lado, uma característica neural na judicatura, uma vez que os juízes não podem fazer nada que não possam justificar em termos de princípio.

⁶ No dizer do autor, essas imperfeições no caráter igualitário da democracia se afiguram como bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis, sendo preciso levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos, individualmente, perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Segundo ele, alguns perdem mais do que outros apenas porque têm mais a perder. (LEAL, 2007, p. 171).

Assim, a judicatura se adéqua melhor às sociedades pluralistas modernas, pois, como os juízes *decidem* com base em suas próprias convicções morais, eles aceitam esta responsabilidade institucional de forma menos rígida (DWORKIN, 2003, p. 11).

Tribe em suas reflexões de caráter substancialista critica à tentativa de redução da Constituição a mero documento procedimental. O autor enfoca a discussão sobre o constitucionalismo no aspecto das escolhas constitucionais inerentes à Constituição e no seu desenvolvimento (LEAL, 2000, p. 177). Desse modo, Tribe defende que o papel material do Judiciário faz jus a uma maior atenção, pois não é admissível que se ignorem as normas fundamentais da Constituição. Com isso, não se exclui a possibilidade de haver desavenças e discordâncias com relação a esses valores, mas é justamente esta a grande provocação que se coloca para a vida constitucional: não só a lista das normas e dos conteúdos constitucionais fundamentais, como também a própria identidade da Constituição deve, invariavelmente, permanecer abertas ao debate.

É preciso, neste sentido, que se tome consciência de que toda interpretação constitucional possui elementos de indeterminação, especialmente porque a Constituição não é capaz de resolver tudo por si só, libertando-nos da responsabilidade pelas escolhas que ela pressupõe - e que precisamos - fazer. De outro lado, ela não é meramente um espelho, muito menos um recipiente vazio no qual os seus usuários podem despejar o que bem entenderem. A Constituição, enquanto tal, nos diz alguma coisa e o que ela diz deve ser a "pedra de toque" (*touchstone*) para se avaliar a adequação substantiva de qualquer Emenda proposta (TRIBE, 1985, p. 26).

Com esses argumentos, Lawrence Tribe se afigura como um dos principais teóricos substancialistas americanos, não só em razão do desenvolvimento de uma teoria dos valores ou material, mas também em face de suas críticas ao pensamento procedimentalista, com base em suas pretensões de resguardo da democracia, assentadas na negação de elementos que lhe são inerentes. Por mais que não se pretenda negá-los ao transferir a responsabilidade de sua configuração para instâncias democráticas, a chave para todas as discussões que pretendem consolidar e fortalecer a democracia devem ter como pressuposto a ampliação das esferas de debate. Nesse ponto, o autor defende a vinculação entre procedimentalismo e substancialismo (LEAL, 2000, p. 188).

CONCLUSÃO

O estudo desses diversos autores enriquece e torna possível a discussão acerca da jurisdição constitucional. Mesmo que Peter Häberle não aborde de forma direta a jurisdição constitucional, o autor trata especificamente da interpretação constitucional aberta, o que resulta em uma maior eficácia na aplicação dos direitos fundamentais e, até mesmo, da democracia, pois os direitos fundamentais não se configuram em meros direitos subjetivos, uma vez que possuem uma dimensão objetiva com eficácia imediata, e com isso, apresentam um caráter vinculante atrelado a própria Constituição. Desse modo, é por meio da participação político-jurídica que se dá a ampliação do círculo de intérpretes da Constituição e que se verifica a conexão dos direitos fundamentais e da democracia participativa.

Portanto, não é razoável isolar a norma da realidade, pois a realidade é atingida pela disposição da norma, o componente material constitutivo da própria norma. Dessa forma, a norma constitucional não pode ser interpretada isoladamente, já que o conteúdo geral da Constituição deriva de princípios elementares da ordem constitucional, representando a Constituição um todo, que alude à cultura de um povo.

No que se refere aos aspectos interpretativos que envolvem a moral, um dos expoentes é Ronald Dworkin, que defende a substancialidade do juiz ao desempenhar suas funções, afirmando que a questão da legitimidade não pode ter uma leitura reducionista. De acordo com Habermas, tem-se a aplicação da teoria discursiva e do agir comunicativo à jurisdição constitucional. Aplica-se também o agir comunicativo, à participação efetiva dos cidadãos na democracia. Assim, a legitimidade está na jurisdição constitucional aberta, na qual todos podem participar da interpretação constitucional, em defesa dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, Rio de Janeiro, jul./set. 1999. p. 56-66.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FARPERJ, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Traducción de Claudia Montilla. Santafé de Bogotá: Siglo Del Hombre, 1996.

DWORKIN, Ronald. The judge's new role: should personal convictions count? **Journal of International Criminal Justice**, nº 1. Oxford University Press, 2003, p. 04-12.

ELY, Jonh Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta**: reflexões sobre os limites e a legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura**. Madrid: Tecnos, 2000.

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

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. **Novos Estudos**, n. 58. São Paulo CEBRAP, nov./ 2000.

TRIBE, Lawrence H. False equation of proceduralism with passivity. **Constitutional choices**. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 1985, p. 26.