

Luiz Henrique Guimarães Hohmann¹

Resumo: Tão instigante quanto complexa, no âmbito do Direito Constitucional, é a questão da legitimidade democrática do sistema de controle de constitucionalidade das leis, chamado de jurisdição constitucional. Afinal, como pode um corpo reduzido de magistrados declarar inválidas as leis editadas pelos representantes do povo, sem ferir o princípio democrático? No Brasil, mingua estudos aprofundados acerca do tema, carecendo, pois, de incursões científicas mais sérias que identifiquem com precisão os fundamentos e as fronteiras jurídicas de nossa jurisdição constitucional, assim como propostas de solução para seus eventuais vícios. Dito isso, longe de pretendermos esgotar o assunto, nossa proposta é justamente apresentar subsídios válidos para seu melhor entendimento e compreensão.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Jurisdição Constitucional; Democracia; Direitos Fundamentais; Estado Democrático de Direito; Controle Judicial; Ativismo; Autocontenção.

Abstract: As instigating as complex, in the scope of Constitutional Law, is the matter of democratic legitimacy of the law's judicial review system, called constitutional jurisdiction. After all, how can a reduced number of magistrates declare invalid the laws made by the representatives of the people, without transgressing the democratic principle? In Brazil, there are few deepened studies concerning the subject, lacking, thus, of more serious scientific incursions, that identify with precision the foundations and the legal limits of our constitutional jurisdiction, as well as proposals of solution for its eventual problems. Therefore, far to intent to deplete the subject, our proposal is exactly to present valid elements for its better understanding.

Keywords: Constitutional Law; Constitutional Jurisdiction; Democracy; Fundamental Rights; Democratic State of Law; Judicial Review; Activism; Self-restraint.

INTRODUÇÃO

Em regra, ao deixar os bancos da graduação, o estudante de direito tem plena certeza acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade das leis por parte do Poder Judiciário, eis que referido mecanismo encontra-se previsto na Carta Constitucional. Desse modo, adotando o controle judicial como axioma, não vê qualquer empecilho para seu exercício na prática.

Porém, após alguns anos de prática jurídica, com o estudo de autores clássicos como ROBERTO GARGARELA, SANTIAGO CARLOS NINO, BRUCE ACKERMAN, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, GUSTAVO BINENBOJM, entre outros, e, ao mesmo, tempo, com os olhos voltados à realidade do

¹ Advogado em Curitiba. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Especialista em Direito Tributário pelas Faculdades Integradas Curitiba e Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: luizhohmann@onda.com.br.

controle judicial das leis hoje vigente no Brasil, referida verdade absoluta começa a ser questionada e a reclamar por estudos mais aprofundados e críticos.

Nesse passo, uma das principais questões que assaltam o jurista é a do caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, a qual pode ser resumida do seguinte modo: como pode um corpo reduzido de juízes, não eleitos pelo povo (portanto, destituídos de representatividade popular), dotados de estabilidade e vitaliciedade, afastarem leis editadas pelos representantes do povo? E ainda, que legitimidade teriam esses juízes em emitir tal decisão em última e inapelável instância?

Algumas respostas apressadas a esses questionamentos poderiam recorrer ao argumento do sistema de freios e contrapesos: o Judiciário teria a função de frear e limitar os ímpetos do Legislativo, afastando do sistema leis em contraste com a Carta Constitucional. No entanto, a esse respeito, o que vemos na realidade é uma verdadeira balbúrdia: em muitas ocasiões, o controle judicial – e não se está referindo somente ao controle abstrato de constitucionalidade, mas também ao concreto – ultrapassa os limites jurídicos que lhes foram impostos pelo Constituinte, gerando um ativismo judicial sem limites, com declarações de inconstitucionalidade fundadas em posições pessoais ou de moral individual dos magistrados.

Dessa feita, diante de tal preocupante diagnóstico, seria legítimo o controle de constitucionalidade? E o que dizer de sua eventual extinção? Seria correta? Nesse sentido, poderíamos outorgar a tarefa de fiscalizar a correção e constitucionalidade das leis ao mesmo órgão responsável pela sua criação, ou seja, o Congresso Nacional, casa dos representantes do povo? No caso de resposta negativa, como poderíamos construir um sistema equilibrado e limitado de controle de constitucionalidade que efetivamente garanta a defesa da Constituição, e, ao mesmo tempo, da democracia?

O enfrentamento dessas questões é importantíssimo para que possamos identificar os fundamentos e fronteiras jurídicas do sistema de controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

Para esse intento, analisaremos, primeiramente, algumas teorias acerca do controle judicial de constitucionalidade, assim como a eventual possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, e, logo em seguida, examinaremos a realidade constitucional pátria, bem como a legitimidade, ou não, do vigente sistema de controle de constitucionalidade das leis.

1. TEORIAS SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

No presente item, serão expostas algumas teorias e propostas criadas por autores clássicos a respeito do controle judicial de constitucionalidade das leis. Primeiramente, veremos a problemática do caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, enunciada por ROBERTO GARGARELA, juntamente com JOHN HART ELY, e quais as possíveis soluções para dirimir esse vício. Finalmente, examinaremos a democracia dualista de BRUCE ACKERMAN e suas influências e contribuições para o sistema de controle judicial das leis. Vejamos:

1.1. O CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Para muitos autores, o controle judicial abstrato das leis pelas Supremas Cortes guarda grave tensão com a democracia, eis que atribuído a um reduzido número de indivíduos. Para ROBERTO GARGARELA, essa tensão pode ser resumida na seguinte indagação: como podem, em uma democracia, juízes *não eleitos pelo povo* (destituídos de representatividade popular), dotados de *estabilidade* em seus cargos, declarar inválida (em *última instância*) uma lei aprovada pelos representantes do povo?²

A partir desse questionamento, o jurista argentino procura tecer limites rígidos ao sistema de controle de constitucionalidade, objetivando conciliar seu caráter elitista e antidemocrático com o princípio da vontade da maioria. Em síntese, afirma que a Suprema Corte deve limitar-se a proteger a integridade do procedimento democrático – não podendo interferir nas decisões políticas sobre valores, ou substanciais, eis que de competência exclusiva da cidadania, por intermédio de seus representantes –, bem como assegurar a inviolabilidade da moral privada dos indivíduos, protegendo-os contra leis “perfeccionistas”³.

Nesse viés, como adepto da concepção deliberativa da democracia, parte da idéia de que o sistema político deve promover a tomada de decisões imparciais, isto é, que não sejam proferidas em benefício de alguma pessoa ou grupo específico, mas que tratem a todos com igual consideração. Para o autor, a principal virtude da democracia deliberativa é que ela facilita e promove a discussão pública, possibilitando que cada uma das pessoas refine seus argumentos, de modo a torná-los aceitáveis para os demais (transcendendo, assim, os

² GARGARELA, Roberto. *La Justicia Frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 12.

³ GARGARELA, Roberto. *Idem*, p. 153-160. São chamadas de “perfeccionistas” as leis que têm por objeto a regulação de planos de vida individual, ou seja, aspectos que dizem respeito à moral privada dos indivíduos, impondo, nesse sentido, modelos de comportamento individual.

interesses pessoais). Nesses termos, a participação igual de todos os cidadãos nos debates políticos assegura a imparcialidade no processo de tomada de decisões.

Ainda, faz-se mister, para o próprio sucesso da democracia deliberativa, que se retire do campo das decisões coletivas as questões concernentes à moral individual (leis perfeccionistas).

Trata-se, pois, de uma via de mão dupla: ao mesmo tempo em que um grupo não pode impor sua vontade aos demais em assuntos que são de interesse de todos, a comunidade (maiorias) não pode impor às pessoas decisões relativas aos seus planos de vida individuais⁴.

Dito isso, para ROBERTO GARGARELA, deve a Suprema Corte limitar-se a controlar a correta aplicação da democracia deliberativa, assegurando as condições do debate democrático e a inviolabilidade das esferas de moral privada dos indivíduos. Essa também é a posição manifestada por JOHN HART ELY, para quem a função da Corte não é de reivindicar a guarda de determinados valores que ela considere importantes, mas sim de assegurar a idoneidade do processo político e garantir o bom funcionamento da democracia⁵. Em resumo, o Judiciário controla o procedimento democrático, e não questões substanciais – estas de alçada privativa dos representantes do povo.

Indo mais além, ROBERTO GARGARELA defende que à Suprema Corte não deve ser conferida a última palavra nas questões constitucionais. Nesse viés, propõe a adoção da técnica do reenvio, através da qual a Suprema Corte, ao constatar que uma lei viola norma constitucional, promove o seu reenvio ao Legislativo para nova discussão. Em outras palavras, a proposta do jurista argentino é fomentar um debate institucional entre os Poderes Estatais, retirando do Judiciário a última palavra acerca da constitucionalidade das leis. Nesse sentido, procura conciliar os seguintes aspectos: diálogo institucional; proteção contra a inerente falibilidade de tomada de decisões políticas; e defesa do princípio majoritário⁶.

A despeito disso, esse autor admite que o sistema de controle de constitucionalidade por ele proposto pode gerar um aumento exagerado dos poderes Legislativo e Executivo (já que implica em uma considerável diminuição do Judiciário). Por isso, entende que tal reforma

⁴ GARGARELA, Roberto. *Idem*, p. 168-171.

⁵ Entende o autor norte-americano que “apenas uma teoria que enxergue o controle de constitucionalidade, atribuído aos tribunais, como um reforço da democracia, e não como um guardião superior que arbitra quais resultados devem e quais não devem ser admitidos, será compatível com a própria democracia.” ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 75.

⁶ GARGARELA, Roberto. *Ob. Cit.*, p. 174-179.

judicial deve ser acompanhada de uma reforma paralela no sistema político, resolvendo-se os seguintes e típicos problemas da democracia representativa: 1) o Legislativo não representa todos os membros da comunidade; 2) os que chegam ao Parlamento normalmente são aqueles que têm mais dinheiro ou poder, não sendo, pois, representantes da maioria; 3) o modo como o Legislativo decide, em regra baseado na “negociação” ao invés do debate público; 4) o Legislativo várias vezes decide contra o interesse da maioria; 5) a debilidade do mecanismo de eleições periódicas; e 6) falta de articulação social e debate público⁷.

Diante do exposto, em resumo, para ROBERTO GARGARELA, bem como para JOHN HART ELY, o sistema de controle de constitucionalidade das leis deve ser organizado em torno de dois objetivos principais: i) garantir as condições do debate democrático e ii) assegurar a inviolabilidade da moral privada dos indivíduos.

Um tanto distinta é a teoria formulada por BRUCE ACKERMAN, que a seguir passamos a expor:

1.2. DEMOCRACIA DUALISTA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM BRUCE ACKERMAN

Dando seguimento, de acordo com o constitucionalista estadunidense BRUCE ACKERMAN, a Suprema Corte possui duas funções primordiais no exercício do controle de constitucionalidade: 1) preservar as regras e princípios criados pela vontade da cidadania mobilizada (de nível constitucional) da atuação dos legisladores (representantes do povo); e 2) na hipótese de criação de novos consensos provenientes da cidadania mobilizada, realizar a sua síntese em relação aos princípios constitucionais até então vigentes.

Explicando melhor, como adepto da democracia dualista, BRUCE ACKERMAN pugna pela existência de dois níveis de decisão política: 1) *legislativa*, caracterizado pelos períodos de política usual, em que não estão em curso mobilizações ou grandes consensos de caráter popular, regido pela democracia representativa; e 2) *constitucional*, em que a cidadania transcende a apatia, a ignorância e o egoísmo coletivos e se mobiliza em busca de uma redefinição de sua identidade política, procurando criar normas constitucionais. Nesse

⁷ Entendemos que não seria adequado transferir ao Congresso a última palavra em matéria de controle de constitucionalidade das leis. Isso porque, a uma, sabemos que as maiorias não são infalíveis, sendo que, não raro, deixam-se mover por paixões e interesses egoísticos, em detrimento do bem comum; e, a duas, tal como alerta BRUCE ACKERMAN, o Congresso não se confunde com o povo, apenas o representa, do que se extrai que as leis não são produtos da cidadania mobilizada, mas sim de seus representantes, os quais não possuem autoridade integral para falar em nome do povo. Podemos ainda afirmar que, dificilmente, o Congresso irá admitir seu erro e alterar, por causa disso, sua própria criação (diante de um “pedido” do Judiciário).

prisma, após o sucesso do movimento transformador, os revolucionários empenhar-se-ão em formalizar e sintetizar os novos princípios constitucionais eleitos pela cidadania mobilizada, os quais deverão canalizar o período de política usual, que se seguirá à revolução⁸.

Pois bem, dentro desse contexto, para o autor, deve a Suprema Corte, em tempos de política usual, proteger e preservar as grandes decisões de nível constitucional tomadas pela cidadania mobilizada, invalidando, nesse viés, leis aprovadas pelos representantes do povo contrárias a tais decisões (função “*preservacionista*” dos grandes consensos da cidadania mobilizada). Isso porque, nenhum representante do povo, em tempos de política usual, possui autoridade suficiente para falar integralmente em nome do povo; logo, não tem legitimidade para criar normas constitucionais, tampouco para alterar ou revogar a Constituição: esse papel é atribuído tão somente ao povo mobilizado (idéia de soberania popular).

Por sua vez, existindo um movimento transformador promovido pela cidadania como um todo, com potencial para criar novas normas constitucionais (política de nível constitucional), o papel da Suprema Corte, agora, é o de promover a síntese gradativa entre os princípios até então vigentes e aqueles advindos do movimento revolucionário, estabelecendo, pois, os novos critérios que canalizarão o período vindouro de política usual.

Nessa esteira, entende que a democracia dualista resolve o problema do caráter contramajoritário da Jurisdição Constitucional, eis que atribui à Suprema Corte a função de proteger as decisões da cidadania mobilizada, em face das deliberações tomadas em tempos de política usual, além de garantir o autogoverno das gerações, já que mantém um canal aberto a novas decisões de nível constitucional⁹.

Essa concepção dualista de democracia é criticada por ROBERTO GARGARELA e SANTIAGO CARLOS NINO, por entenderem esses autores que não existem apenas dois níveis de tomada de decisões políticas. Nesse sentido, mesmo no âmbito da política usual, o conjunto de decisões políticas divide-se em diversos planos de comprometimento ou representatividade popular. Com efeito, de acordo com esse critério, são bem distintas uma norma administrativa que regulamenta o expediente de uma repartição pública e uma lei previdenciária que dispõe sobre os requisitos para a concessão de benefícios de aposentadoria¹⁰.

⁸ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 371-375.

⁹ ACKERMAN, Bruce. *Idem*. Capítulo 10, p. 371-407.

¹⁰ GARGARELA, *Ob. Cit.* e NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

A despeito da validade dessa crítica, é importante frisar que a tese de BRUCE ACKERMAN atribui ao Judiciário o exame de expedientes substantivos, transcendendo, pois, à mera análise do procedimento democrático, como proposto por ROBERTO GARGARELA e JOHN HART ELY. No entanto, é preciso indagar se essa teoria é aplicável à realidade brasileira, especialmente no que diz respeito ao seu alicerce, ou seja, a democracia dualista¹¹. Mais especificamente, é a Constituição de 1988 obra efetiva da cidadania mobilizada? É a Carta Constitucional uma criação do povo?

Analisando o processo pelo qual a Carta foi editada, podemos identificar diversos pontos de profunda deliberação e criação popular. No entanto, e agora com os olhos voltados ao excesso de minúcia e heterogeneidade do Texto Constitucional, parece-nos que o mesmo é o resultado de uma grande negociação entre grupos de interesses, voltados à conciliação e à acomodação de seus mais distintos anseios. Nesses termos, a Constituição de 1988 parece mais um produto da democracia pluralista (calcada na idéia de conciliação entre grupos de interesses – tão criticada por BRUCE ACKERMAN) do que da democracia dualista (fundada na noção de cidadania como um todo).

E isso pode ser observado de maneira ainda mais forte no que concerne às emendas constitucionais. Muito embora algumas delas tenham alto nível de comprometimento popular, tal qual, por exemplo, a emenda nº. 20, de 16 de dezembro de 1998, várias, como a de nº. 33, de 11, de dezembro de 2001, além de infringir diretamente princípios fundantes da Constituição, carecem em absoluto de representatividade popular, não se prestando a atender as necessidades diretas da coletividade, mas tão somente interesses arrecadatários.

Todos esses argumentos nos permitem concluir duas coisas: 1) em nosso sistema jurídico, não existem apenas dois níveis de decisão política; e 2) tanto a Constituição quanto suas emendas não são sempre fruto da vontade da cidadania mobilizada como um todo, podendo encerrar, não raro, matérias destituídas de comprometimento popular.

Desse modo, entendemos que a teoria da democracia dualista de BRUCE ACKERMAN não explica a contento a jurisdição constitucional brasileira, sendo muito mais um ideal a ser buscado do que uma realidade.

Munidos desses breves esclarecimentos, passemos ao estudo e à identificação dos fundamentos da jurisdição constitucional brasileira.

¹¹ Isso porque, ao que nos parece, a teoria de BRUCE ACKERMAN tem caráter descritivo da realidade constitucional estadunidense.

2. FUNDAMENTOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Para o constitucionalista GUSTAVO BINENBOJM, existe uma tensão entre democracia e direitos fundamentais: enquanto a adoção irrestrita da regra da maioria pode subverter os princípios e direitos fundamentais, assim como as normas que regulam o exercício da própria democracia, a excessiva cristalização de direitos pode asfixiar a vontade popular, tornando-a inoperante. Nesse contexto, é tarefa do constitucionalismo buscar um ponto de equilíbrio institucional entre esses ideais. Desse modo, além do respeito ao procedimento democrático, os órgãos representativos devem observar conteúdos mínimos estabelecidos na Constituição, exercendo a Suprema Corte a função de árbitro nesse jogo¹².

Nesse sentido, adentramos na questão da legitimidade democrática da Suprema Corte: ao atuar em sua função de árbitro, detém a última palavra nas questões constitucionais, não se sujeitando a nenhum controle democrático. Essa prerrogativa gera o grande risco de que a Suprema Corte venha anular direitos constituídos em um processo democraticamente legítimo, com base em um fictício ideal superior, fundamentado na decisão apenas de forma retórica. Esse risco não escapou à pena do constitucionalista GILMAR FERREIRA MENDES¹³.

Objetivando resolver esse problema, como já visto acima, ROBERTO GARGARELA, acompanhado por JOHN HART ELY, criaram uma teoria de autocontenção da jurisdição constitucional, objetivando compatibilizá-la com a democracia. Em síntese, defendem que o sistema de controle judicial das leis deve se cingir à defesa da lisura do procedimento democrático, o que limita seu âmbito de atuação, na prática, à tutela dos direitos de livre participação política e proteção das minorias, não podendo, por isso, tutelar questões substanciais.

Dito isso, muito embora referida teoria resolva com bastante contento o problema antidemocrático da jurisdição constitucional, cabe indagar se seria aplicável ao Brasil. Nesse viés, muito embora seja uma proposta válida em termos de reforma constitucional, pensamos que não encontra aplicação no vigente sistema jurídico brasileiro. Isso porque, a Carta Constitucional de 1988, além de consagrar o Estado Democrático de Direito, veicula

¹² BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. In. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 463.

conteúdos mínimos que devem ser respeitados pelo legislador ordinário, entre os quais, os direitos e garantias fundamentais (elevados ao *status* de cláusulas pétreas).

Por isso, se o Judiciário se limitar a garantir a lisura do procedimento democrático, deixará desprotegidos os direitos fundamentais e todas as questões substanciais erigidas na Carta Magna, que, de acordo com a máxima da *supremacia da Constituição* – que nenhum autor pós-positivista ainda ousou derrubar –, não podem ceder diante das regras infraconstitucionais. Por isso, no Brasil, o controle de constitucionalidade vai além da defesa do procedimento democrático, e adentra as questões substanciais veiculadas na Constituição, especialmente os direitos e garantias fundamentais¹⁴.

Essa idéia é reconhecida por BRUCE ACKERMAN, que, ao final de sua obra “Nós, o Povo Soberano: Fundamentos de Direito Constitucional”, reconhece que a rigidez do procedimento democrático não é suficiente: é preciso que o conteúdo dos princípios e regras originados desse procedimento seja bom¹⁵. Nessa esteira, convém lembrar que os princípios do estado nazista alemão, à época, recebeu apoio maciço do povo; no entanto, representaram a instância máxima da barbárie e do desrespeito à vida humana.

Em síntese, para o sucesso da democracia e do Estado Democrático de Direito, é preciso que o processo legislativo, além de respeitar a lisura do princípio democrático, atenha-se a limites substanciais mínimos, veiculados pela Constituição, sob o risco de a soberania popular das maiorias sobejar as raias do constitucionalismo e se converter em uma tirania.

Ora, a própria noção de Estado Democrático de Direito pressupõe a positivação de alguns princípios e regras fundamentais do sistema jurídico, criando limites não apenas formais, mas também substanciais ao legislador ordinário. É nesse contexto que se erige a necessária premissa da *supremacia da Constituição*, a qual nos explica que o sistema de direito positivo é hierarquizado, ocupando a Carta Magna o posto máximo, sendo que as normas infraconstitucionais devem haurir nela seu fundamento último de validade (juridicidade)¹⁶⁻¹⁷. Dito isso, observe-se que a Constituição (produto do Poder Constituinte

¹⁴ De acordo com o princípio da rigidez da Constituição, a proposta de ROBERTO GARGARELA e JOHN HART ELY só poderia ser incorporada ao nosso ordenamento jurídico na hipótese de edição de uma nova Constituição, jamais sob a égide da hoje vigente.

¹⁵ ACKERMAN, Bruce. *Ob. Cit.*, p. 440-444.

¹⁶ Para RONALD DWORKIN, que parte da fundamentação moral e universal dos direitos fundamentais, o controle judicial é necessário para assegurar a indisponibilidade de tais direitos frente a maiorias legislativas irresponsáveis.

¹⁷ Sobre a máxima da supremacia da Constituição, é conclusivo o magistério de ROQUE ANTONIO CARRAZZA: “a ordem jurídica, longe de ser um sistema de regras dispostas no mesmo patamar, é uma

Originário) representa a vontade suprema do povo, sendo, pois, livre para fixar as competências dos órgãos instituídos, os princípios fundamentais, assim como os pontos insuscetíveis de alteração. Por conseguinte, as competências infraconstitucionais devem se submeter aos limites insculpidos pela “autoridade” que as criou, não podendo modificar as condições dessa outorga, sob pena de ruptura do necessário atributo da rigidez da Lei Maior. A seguir, aprofundaremos essas noções logo acima tangenciadas.

2.1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Como dito acima, o poder judicial deve defender os interesses superiores positivados na Constituição, declarando a inconstitucionalidade das leis contrastantes com tais dispositivos. Nesse contexto, a Jurisdição Constitucional funciona como um dos mais importantes mecanismos de contenção do poder. No entanto, como observa RONALD DWORKIN, é também um grande “enigma”, tendo em vista que “nem os juízes do Supremo Tribunal nem especialistas em Direito constitucional nem cidadãos comuns conseguem concordar quanto ao que ela (a Constituição) proíbe exatamente, e a discordância é mais grave quando a legislação em questão é politicamente mais controversa e criadora de divergência”¹⁸. Essa advertência é perfeitamente aplicável ao direito brasileiro, cuja Constituição é extremamente minuciosa e veicula uma infinidade de direitos fundamentais.

Intentando resolver esse enigma, ou, ao menos, fornecer subsídios para sua resolução, necessário expor brevemente a sistemática da jurisdição constitucional brasileira:

Pois bem, prevê a Carta de 1988 amplas possibilidades para o exercício do controle de constitucionalidade: a exemplo da Carta anterior, estatui, em paralelo, o controle difuso/incidental e o abstrato/concentrado, atribuindo aquele a todo e qualquer juiz, e este ao Supremo Tribunal Federal.

Nesse diapasão, dividido em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle abstrato representa um processo judicial em que se discute a compatibilidade de dispositivos legais com a Constituição (portanto, a validade de tais dispositivos), cuja decisão possui

construção escalonada de diferentes níveis de normas jurídicas, onde a Constituição, no dizer expressivo de Hans Kelsen, ‘representa o escalão de direito positivo mais elevado. (...) No ápice, pois, da pirâmide jurídica estão situadas as normas constitucionais. São elas que dão fundamento de validade a todas as manifestações normativas do Estado.’ *ICMS*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 25.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 41, esclarecemos nos parênteses.

eficácia *erga omnes* e, em regra, *ex tunc*. Dito isso, caso uma lei seja declarada inconstitucional, será retirada *in abstracto e ab initio* do sistema jurídico. Ainda, como dispõem as Leis n^{os} 9.868 e 9.882, ambas de 1999, é cabível a declaração liminar de inconstitucionalidade, com a suspensão imediata dos efeitos da lei atacada.

Dito isso, mister afirmar que o sistema de controle de constitucionalidade erigido sob a égide da Carta de 1988 representou um notável avanço democrático em relação à Constituição ditatorial. Especificamente, a atual Lei Maior aumentou o rol de legitimados à propositura das ações diretas (que antes era monopólio do procurador-geral da República, cuja nomeação e exoneração cabia ao Presidente da República), possibilitando, inclusive, seu ajuizamento por partidos políticos detentores de baixa representatividade no Congresso Nacional, concretizando, pois, a idéia de proteção das minorias, tal como aponta GUSTAVO BINENBOJM¹⁹.

Além disso, no mesmo caminho da democratização, a atual jurisdição constitucional brasileira conta com diversas aberturas para tornar o processo mais dialógico e acessível à cidadania. Nesse sentido, destaca-se a figura do *amicus curiae* e a possibilidade de realização de perícias e/ou solicitação de pareceres técnicos a juristas com grande conhecimento das matérias em discussão.

Finalmente, como já dito acima, manteve-se vigente o sistema difuso de controle de constitucionalidade, mediante o qual todo e qualquer juiz pode declarar, em caráter incidental, a inconstitucionalidade de dispositivos de lei, no interesse da relação processual concreta, com efeitos exclusivos entre as partes componentes do litígio (sem a virtude de afastar a aplicação da lei em caráter abstrato). Ainda, seguindo-se a Carta anterior, manteve-se a possibilidade de suspensão da eficácia da lei declarada inconstitucional – através do controle difuso – por resolução do Senado Federal.

Portanto, diante dessa apertada síntese, percebe-se que a Constituição de 1988 promoveu um considerável fortalecimento do sistema de controle de constitucionalidade, com a ampliação de seus instrumentos e efeitos, especialmente no que diz respeito ao controle concentrado/abstrato. No entanto, há que se indagar o seguinte: quais os fundamentos e limites jurídicos/democráticos desse sistema? Eles estão sendo observados na prática? Como eliminar seus eventuais vícios?

Em primeiro lugar, em oposição aos autores positivistas como HERBERT HART e HANS KELSEN, é necessário eliminar o voluntarismo e a discricionariedade judicial do

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Ob. Cit.*, p. 131.

sistema de controle. Nesse viés, como se sabe, a doutrina positivista atribui à atividade judicial uma função criativa, e não meramente cognitiva. Isso porque, identificando o direito como um sistema fechado de regras, admitem que nele existe uma indeterminação relativa, provocada ora de forma intencional pelo legislador (normas de textura aberta), ora pela sua incapacidade de abarcar, no texto da lei, toda a complexa realidade social. Portanto, nesse contexto, o direito formaria uma moldura dentro da qual existiriam várias possibilidades de aplicação, “pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”²⁰. Essa não é, pensamos, a melhor orientação ao sistema de controle judicial das leis.

Assim sendo, contrariamente aos positivistas, na esteira de RONALD DWORKIN, é necessário conceber o direito como um *sistema de princípios e regras*, dotado de *integridade*, e não como um mero sistema de regras²¹. De fato, ao lado das regras, estão os princípios, os quais exercem a função tanto de mandamentos centrais do ordenamento jurídico como de baluartes interpretativos do sistema, fornecendo critérios para a sua compreensão como um todo.

Dito isso, pensamos que as discussões acerca da legitimidade e fundamentos da jurisdição constitucional giram em torno dos métodos e limites da interpretação da Constituição. Como vimos, o controle de constitucionalidade não pode ater-se apenas à defesa da lisura do procedimento democrático e às questões de moral individual. Além disso, é necessário que exerça sua força também em defesa dos princípios e regras constitucionais, em nome da máxima da supremacia da Constituição, ainda que sua decisão tenha aparente caráter contramajoritário²². No entanto, para que o sistema de controle judicial não se converta em um ativismo sem limites, é preciso que o método de interpretação da Constituição seja correto, para que o juiz possa extrair o significado mais exato possível dos Textos Legais e Constitucionais, e, por conseguinte, exercer de maneira satisfatória o controle de constitucionalidade das leis, com o mínimo possível de discricionariedade, e, ao mesmo tempo, em respeito ao princípio democrático.

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 366.

²¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 271-331.

²² É exatamente essa a posição de RONALD DWORKIN, para quem uma comunidade realmente democrática pressupõe a salvaguarda de posições contramajoritárias, cuja força advém dos princípios exigidos pela moralidade pública.

Pois bem, para cumprir tal intento, pensamos que o método por excelência de interpretação a ser aplicado é o sistemático, vez que observa as regras dentro do sistema (todo logicamente uno), transcendendo à mera literalidade dos dispositivos isolados, abrangendo, pois, os planos sintático, semântico e pragmático da linguagem do direito. Mister analisar o ordenamento jurídico, portanto, como um sistema, e não como um aglomerado desordenado de regras esparsas. Nessa linha, de acordo com JOSÉ ROBERTO VIEIRA, todo e qualquer sistema deve ter como dados essenciais o *repertório* (conjunto de elementos), a *estrutura* (relações estabelecidas entre os elementos) e a *unidade*, a partir da qual todos os elementos sejam unificados em torno de princípios ou conceitos aglutinadores, compondo a idéia de redução da complexidade à unidade²³. Sendo assim, há que se interpretar as regras de direito positivo como integrantes de um todo lógico, indissociavelmente ligadas entre si, e orientadas pelos princípios fundamentais positivados na Constituição²⁴.

Vale dizer, o intérprete do direito – inclusive o juiz – não pode ater-se apenas ao texto legal, mas ao seu contexto, procurando interpretá-lo como integrante de um sistema ordenado e unitário, orientado pelos princípios constitucionais. Nessa linha, como dito acima, os princípios encerram os valores supremos do sistema, devendo estar encartados em todas as normas que integram esse conjunto. Por isso mesmo, além de elementos de convergência, os princípios exercem a função de baluartes interpretativos do operador do direito, fornecendo-lhes um caminho do qual não podem desviar.

Acerca do tema, encontramos-nos muito bem acompanhados de GERALDO ATALIBA, para quem “(...) havendo duas possibilidades de interpretação, o intérprete não é livre entre optar por um caminho que prestigia os princípios básicos do sistema e outro caminho que os nega. É obrigado a ficar com a solução que lhes dá eficácia.”²⁵

Por intermédio da interpretação fundada nos princípios, afasta-se a tese positivista de que os juízes, nos chamados casos difíceis, decidiriam de forma discricionária, por não conter

²³ VIEIRA, José Roberto. A Noção de Sistema no Direito. *In Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Porto Alegre: Síntese, nº 33, 2000, p. 53-64.

²⁴ De acordo com o magistério de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, os “métodos” literal e lógico compreendem somente o plano sintático da linguagem, já que limitados à literalidade das disposições normativas. Por sua vez, os “métodos” histórico e teleológico abrangem os planos sintático e pragmático. Finalmente, o “método” sistemático envolve todos os planos da linguagem, sendo, portanto, a fase final da interpretação jurídica. *O Direito como Fenômeno Lingüístico, o Problema de Demarcação da Ciência Jurídica, sua Base Empírica e o Método Hipotético-Dedutivo*, in Anuário do Mestrado em Direito, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, nº 4, jan./dez. 1988, p. 11-16.

²⁵ ATALIBA, Geraldo. Princípio da Anterioridade Tributária. *In SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO* (coord.), *Cadernos de Altos Estudos do Centro Brasileiro de Direito Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária e CBDT, nº 1, 1983, p. 245.

a lei, em tais hipóteses, todos os elementos para a tomada de decisão. Mais especificamente, nesses casos, a decisão deve ser orientada pelos princípios, por intermédio da interpretação sistemática, valendo-se, em linhas gerais, do modelo da ponderação, idealizado por ROBERT ALEXY²⁶.

É essa a posição de OSCAR VILHENA VIEIRA (discorrendo sobre a obra de RONALD DWORKIN):

Não há liberdade total, onde o magistrado decide a partir de valores externos ao Direito, que, na maioria das vezes, são os seus próprios, mas uma esfera carregada de princípios (que pertencem ao sistema jurídico) que limitam e impõem determinado sentido às decisões judiciais. É dentro dessa esfera que se deve decidir. Caso haja discricionariedade, esta ocorre apenas num sentido fraco. (...) Ao invés de se buscar controlar a discricionariedade por intermédio da regulamentação e detalhamento minucioso de como devem se comportar os agentes do Estado (...) busca-se densificar o ambiente decisório a partir de princípios.²⁷

Tal como admitem os autores positivistas, o texto do direito positivo (mesmo o da Constituição) é dotado de inúmeras ambigüidades e contradições. Só que, agora contrariamente ao seu posicionamento, tais vícios não devem ser resolvidos com a aplicação da discricionariedade judicial e do método subsuntivo puro. Se assim o for, o controle judicial será ilegítimo e antidemocrático, haja vista que fundado no voluntarismo judicial e não nos princípios fundamentais do direito.

É por isso que o intérprete – incluindo-se o juiz – deve levar a efeito a interpretação sistemática, orientada pelos princípios constitucionais, eis que esse método consagra o sistema de direito positivo como um todo, e, em sendo assim, permite aferir com maior exatidão o significado e o alcance das normas jurídicas²⁸. Dentro desse contexto, ao mesmo tempo em que pressupõe uma técnica de autocontenção do poder judicial, com substancial redução da discricionariedade dos julgadores, o controle de constitucionalidade promove a defesa da democracia e dos preceitos constitucionais em face da atuação irresponsável das maiorias legislativas.

Nesse ponto, de fundamental importância a positivação de direitos fundamentais e princípios inalteráveis (cláusulas pétreas): para que a cidadania seja protegida em face de políticos demagogos, que pretendam subverter a ordem constitucional ou cassar direitos e

²⁶ *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

²⁷ *A Constituição e sua Reserva de Justiça. Um ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 200.

²⁸ Segundo RONALD DWORKIN, além dos princípios da justiça e da equidade, as decisões judiciais devem também ser coerentes, respeitando, pois, a idéia de integridade.

garantias por intermédio de expedientes falsos e enganosos. Como se sabe, as leis nem sempre representam a vontade do povo, e, não raro, desrespeitam a Constituição e o sistema por ela unificado. Nesse passo, é de fundamental importância a atuação do Judiciário, de modo a afastar a validade e a aplicação dos dispositivos legais em contraste com as regras e princípios erigidos pela Carta Magna.

Realmente, de acordo com a lição de RONALD DWORKIN, a jurisdição constitucional é o fórum por excelência dos princípios e não da política. Vale dizer, os juízes não são qualificados para escolher os melhores caminhos ou diretrizes para a coletividade – essa função pertence ao Legislativo. Ao contrário, deve seguir padrões de justiça e equidade insensíveis à escolha e ao jogo político, positivados pelo ordenamento jurídico, consubstanciados nos princípios. É dizer, os argumentos de princípios, próprios da jurisdição constitucional são fundados no direito, devendo ser consagrados ainda que contra fins coletivos aparentemente tidos por desejáveis pela maioria²⁹.

Dentro desse raciocínio, o potencial construtivo do juiz, no exercício do controle de constitucionalidade, reside na sistematização do direito e na identificação e defesa dos valores substanciais supremos eleitos pelo povo – materializados nos princípios e regras constitucionais – e não na criação de novos valores ou na aplicação de critérios de moral individual. Nesse sentido, a função judicial possui a grande importância de desvelar e explicar o direito, identificando os valores morais fundamentais encartados no mesmo, promovendo sua progressiva sistematização³⁰. E a melhor forma de assim proceder, sem ultrapassar as raias da democracia e da soberania popular, pensamos, é o método sistemático de interpretação.

Do contrário, caso o magistrado lance mão de uma interpretação unicamente literal, ou pretenda exercer a função de guardião de uma suposta moral objetiva (que, não raro, existe apenas em sua pessoa), o controle de constitucionalidade não encontrará qualquer limite jurídico ou razoável, a não ser na vontade do próprio agente que o está operando.

Destarte, se respeitados os limites acima identificados, ainda que represente uma instância aparentemente contramajoritária de poder, a jurisdição constitucional é fundamental para a manutenção do regime democrático. É nesse mesmo sentido a conclusão de GUSTAVO BINENBOJM:

²⁹ *Uma Questão de Princípio*. Ob. Cit., p. IX.

³⁰ Nesse ponto, nosso pensamento conecta-se com a teoria de BRUCE ACKERMAN.

A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional.³¹

Infelizmente, na prática, muitos *hard cases* levados à apreciação da Suprema Corte Brasileira têm sido “resolvidos” de forma irresponsável, seja através da chamada interpretação literal ou gramatical, seja pela aplicação de considerável dose de discricionariedade, ao arrepio de princípios e/ou regras constitucionais, levando, pois, a resultados absurdos e desastrosos. Ora, como já dito acima, a jurisdição constitucional é um dos mecanismos mais eficazes de contenção do poder, no entanto, ela própria deve atuar dentro de limites rígidos (autocontenção), para que não se torne uma instância única e autoritária de poder (governo dos juízes). E, como já referido acima, pensamos que a autocontenção eficaz da jurisdição constitucional é imprescindível para garantir sua legitimidade democrática, bem como o equilíbrio entre as funções estatais.

Finalmente, para fecharmos as idéias aqui defendidas, passemos ao estudo das chamadas leis perfeccionistas e o seu necessário tratamento em sede de jurisdição constitucional.

2.2. LEIS PERFECCIONISTAS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Vimos que, de acordo com ROBERTO GARGARELA, o campo da moral privada e dos planos de vida individuais das pessoas é intangível ao legislador. Isso porque, de acordo com a máxima da liberdade individual, cada um é livre para decidir o que vai fazer em relação à sua vida privada. Nesse viés, reside no campo da privacidade tudo aquilo que não interessa ou não produz efeitos sobre terceiros³².

Dito isso, temos que leis perfeccionistas são aquelas que procuram estabelecer um padrão de vida/moral privada relativamente a toda a sociedade, impondo comportamentos gerais e abstratos, que, em regra, pertenceriam ao campo dos planos de vida individuais. A título de exemplo, são comuns ao redor do mundo leis que proíbem ou criminalizam o homossexualismo. No entanto, essas leis são tipicamente perfeccionistas, eis que procuram

³¹ BINENBOJM, Gustavo. *Ob. Cit.*, p. 246.

³² GARGARELA, Roberto. *Ob. Cit.*, p. 154-159.

reprovar um comportamento afeto exclusivamente à esfera privada dos indivíduos. Em outras palavras, ainda que o homossexualismo seja moralmente reprovável para a maioria dos cidadãos, não pode ser vedado pela lei, eis que pertence ao campo da privacidade, sendo, pois, intocável ao Legislativo.

Nesses termos, cabe ao Poder Judiciário, sobretudo à Suprema Corte, declarar a inconstitucionalidade das leis perfeccionistas, de modo a proteger a privacidade e a liberdade individual das pessoas.

Dentro dessa concepção, um dos assuntos que mais geram polêmicas é a questão da liberdade religiosa. Como reza a Constituição de 1988, cada cidadão é livre para escolher sua religião ou culto, afastando-se a idéia de religião oficial. No entanto, é possível identificar diversas distorções na realidade, entre as quais, a eleição de feriados religiosos afetos exclusivamente à fé católica.

Da mesma forma, é errado condenar a união estável e obrigar ou forçar as pessoas a se casarem. Nesse ponto, andou bem o Código Civil de 2002, que, superando o seu predecessor, atribuiu direitos semelhantes aos casados e aos companheiros, conferindo liberdade ao cidadão para optar entre uma condição ou outra. Realmente, decidir constituir um matrimônio ou uma união estável é uma decisão que concerne à moral privada dos cidadãos.

Desse modo, deve o Judiciário defender a cidadania contra eventuais invasões em sua esfera privada por parte do Legislativo, declarando a inconstitucionalidade das chamadas leis perfeccionistas, protegendo, assim, as esferas de liberdade individual dos cidadãos. Nesse prisma, não pode pretender o Legislativo (tampouco o Judiciário) ser o guardião de um modelo ideal de moral privada: as decisões sobre os planos de vida individuais cabem somente aos cidadãos, não podendo o Estado intervir sobre esse domínio.

CONCLUSÕES

Conquanto seja de fundamental importância a defesa do procedimento democrático no âmbito da jurisdição constitucional, sua atuação não pode ser limitada a esse campo. Isso porque, de acordo com o princípio da supremacia da Constituição, os órgãos representativos do povo, ao exercerem suas funções, devem vincular-se a alguns conteúdos fundamentais, positivados na Lei Maior.

Nesse plano, é função do Judiciário, além da proteção à democracia, a guarda das regras e princípios constitucionais – com destaque aos direitos e garantias fundamentais – da atuação irresponsável dos legisladores, afastando do sistema jurídico os dispositivos

contrastantes com aqueles ideais superiores. Ora, a própria noção de Estado Democrático de Direito pressupõe a positivação de alguns princípios e regras fundamentais no sistema jurídico, criando limites não apenas formais, mas também substanciais, às competências instituídas.

Realmente, não basta que o procedimento de elaboração das leis conte com pleno apoio popular e seja fruto de uma ampla deliberação: é preciso que o seu conteúdo seja bom, isto é, em conformidade com as regras e princípios superiores previstos na Constituição. Como se sabe, em sua época, o nazismo obteve amplo apoio popular; no entanto, violou os direitos mais básicos do ser humano, como a vida, a dignidade e a igualdade.

Dito isso, tem o poder judicial a obrigação de afastar do sistema jurídico os dispositivos de lei contrários à Constituição, ainda que provenientes da vontade esmagadora do povo. Dentro desse contexto, tal prerrogativa atribuída aos magistrados (sobretudo aos membros da Suprema Corte), *a priori*, não é contrária à democracia, mas a fortalece. Em verdade, o sistema de controle de leis, fundado no dogma da supremacia da Constituição é um importante ponto de equilíbrio entre a soberania popular (fundamental na idéia de democracia) e Estado de Direito, exercendo o papel de equilibrar e harmonizar as esferas de poder, assim como de conciliar procedimentalismo e substancialismo.

Nesse prisma, pensamos que as discussões acerca da legitimidade da jurisdição constitucional giram em torno dos métodos e limites da interpretação da Constituição: para que o sistema de controle judicial não se converta em um ativismo/voluntarismo sem limites ou em despotismo, é preciso que o método de interpretação da Constituição e das leis seja correto e diminua ao máximo a discricionariedade e o papel criativo do juiz. Esse método, pensamos, deve ser o sistemático, eis que abarca o direito como uma integridade, ou seja, como um todo unitário orientado por princípios fundamentais (pontos de convergência).

De fato, ao lado das regras estão os princípios, os quais exercem a função tanto de mandamentos centrais do ordenamento jurídico, fixando a essência de todos os seus elementos, como de baluartes interpretativos desse sistema, fornecendo critérios para a sua compreensão como um todo, permitindo ao intérprete e ao aplicador da lei aferir com maior exatidão o significado e o alcance das normas jurídicas. Por isso mesmo, é fundamental que o ponto de partida do processo interpretativo seja os princípios fundamentais do direito.

Aliás, o próprio contexto Constitucional exige indiretamente que os dispositivos constitucionais e legais sejam sistematicamente interpretados, partindo-se dos princípios, de modo a garantir e preservar a higidez e o caráter unitário do ordenamento jurídico.

De acordo com essas idéias, ao mesmo tempo em que pressupõe uma técnica de autocontenção do poder judicial, com substancial redução da discricionariedade dos julgadores, o controle de constitucionalidade promove a defesa da democracia e dos preceitos constitucionais em face da atuação irresponsável das maiorias legislativas. Nesse diapasão, ao Juiz não é dado fazer escolhas políticas, elegendo quais valores são bons ou não para a coletividade (esse papel é do Legislativo). Suas decisões devem ser fundadas em argumentos de princípios, ou seja, fundados no direito (baseados na interpretação sistemática), sendo, pois, insensíveis à escolha. Assim sendo, caso um dispositivo de lei seja contrário a algum princípio constitucional, deve ser declarado inválido pelo Supremo Tribunal, ainda que conte, aparentemente, com apoio popular maciço.

Desse modo, repita-se: ainda que se trate de uma instância aparentemente contramajoritária de poder, o sistema de controle judicial das leis, quando exercido dentro de seus limites jurídicos, promove o fortalecimento da democracia, e não sua destruição, como defendido por muitos.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATALIBA, Geraldo. Princípio da Anterioridade Tributária. In SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO (coord.), *Cadernos de Altos Estudos do Centro Brasileiro de Direito Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária e CBDT, nº 1, 1983.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BINENBOJM, Gustavo, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BORGES, José Souto Maior. *O Direito como Fenômeno Lingüístico, o Problema de Demarcação da Ciência Jurídica, sua Base Empírica e o Método Hipotético-Dedutivo*, in *Anuário do Mestrado em Direito, Recife, Universidade Federal de Pernambuco*, nº 4, jan./dez. 1988, p. 11-16.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- GARGARELA, Roberto. **La Justicia Frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. Vol. 1. 5.ed. São Paulo: RT, 1971.
- MENDES, Gilmar Ferreira, **Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial**. In. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- VIEIRA, José Roberto. A Noção de Sistema no Direito. In **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Porto Alegre: Síntese, nº 33, 2000, p. 53-64.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça**. *Um ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.