

Emerson Affonso da Costa Moura* (Brasil)

30 anos depois da constitucionalização do Direito no Brasil: avanços e perspectivas na atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos fundamentais e no respeito ao princípio democrático

RESUMO

Os contributos do exercício da jurisdição constitucional nos 30 anos da Constituição Federal Brasileira promovendo os direitos fundamentais, de forma a garantir a realização das prestações necessárias aos referidos direitos, mas respeitando o princípio democrático, é o tema posto em debate. Para tanto, analisa-se o fenômeno de constitucionalização do Direito no Brasil, o papel assumido pela jurisdição constitucional brasileira e a análise crítica da atuação da corte constitucional na tensão entre constitucionalismo e democracia.

Palavras-chave: Constituição, constitucionalização, direitos fundamentais, princípio democrático, jurisdição constitucional.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel befasst sich anlässlich des dreißigjährigen Bestehens der brasilianischen Bundesverfassung mit dem Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Wahrung der Grundrechte, durch den die Bereitstellung der für die genannten Rechte erforderlichen Leistungen unter Beachtung des Demokratieprinzips sichergestellt werden soll. Dazu wird auf das Phänomen der Konstitutionalisierung des Rechts in Brasilien und die von der brasilianischen Verfassungsgerichtsbarkeit übernommene Rolle einge-

* Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professor Convidado da Pós-Graduação *Latu Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUCRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense (UFF), e Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). emersonacmoura@yahoo.com.br

gangen und eine kritische Analyse des Vorgehens des Verfassungsgerichtshofs im Spannungsfeld von Konstitutionalismus und Demokratie vorgenommen.

Schlagwörter: Verfassung, Konstitutionalisierung, Grundrechte, Demokratieprinzip, Verfassungsgerichtsbarkeit.

ABSTRACT

The discussion centers around the contributions of the exercise of constitutional jurisdiction in the 30 years elapsed from the approval of the Brazilian Federal Constitution promoting fundamental rights, in such a way that the provision of the services required by these rights is guaranteed, but democratic principles are respected. To this end, the analysis deals with the phenomenon of constitutionalization of law in Brazil, the role undertaken by the Brazilian constitutional jurisdiction, and the critical role of the constitutional court in the framework of the strain between constitutionalism and democracy

Keywords: Constitution, Constitutionalization, Fundamental rights, Democratic principles, Constitutional jurisdiction.

Considerações iniciais

Com o fim da ditadura militar, a ascensão do Estado Democrático de Direito no Brasil é marcado pela consagração, na Constituição Federal de 1988, de amplo sistema de proteção dos direitos do homem com epicentro no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e no catálogo aberto de direitos fundamentais, bem como de expansão da jurisdição constitucional, com reforço dos legitimados e mecanismos de deflagração.

A adoção de um texto constitucional analítico, com a inclusão de diversas matérias na lei fundamental e, portanto, a sua subtração da política ordinária, a previsão da cláusula da inafastabilidade da tutela jurisdicional na apreciação de lesão ou ameaça de Direito, aliada ao crescente déficit de representação das instâncias democráticas, conduziram ao reforço da atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais.

Na última quadra histórica, as principais questões políticas e sociais relevantes, – inclusive relativas à promoção dos direitos fundamentais, que encontram como legítimo espaço de deliberação pública o âmbito da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa – foram objeto de judicialização, tendo sido decididas em última instância pela corte constitucional.

Embora o papel desempenhado pelo Poder Judiciário em um Estado com baixos índices de desenvolvimento humano e social represente uma força motriz para a concretização dos direitos fundamentais, e assim para o próprio processo democrático, em um Estado Democrático de Direito há limites normativos e políticos a serem observados no exercício da jurisdição constitucional.

Os limites textuais e substanciais da norma constitucional,¹ a existência de excessos² ou o exercício de preferências políticas³ nas decisões políticas, bem como a fuga do exercício pela cidadania do poder político do âmbito das searas democráticas, são questões que tornam necessária a delimitação de contornos à atuação do Poder Judiciário na promoção dos Direitos Fundamentais.

Na tensão entre *constitucionalismo e democracia*, busca o presente trabalho analisar os contributos do exercício da jurisdição constitucional na promoção dos direitos fundamentais nestes 30 anos, de forma a garantir as prestações necessárias à realização dos referidos direitos, mas respeitando o princípio democrático.⁴

Para tanto, analisa-se inicialmente o fenômeno de constitucionalização do Direito no Brasil e o processo de expansão da atuação do Poder Judiciário; depois, o papel assumido pela jurisdição constitucional brasileira, para, por fim, fazer a análise crítica da atuação da corte constitucional na tensão entre constitucionalismo e democracia.

1. A constitucionalização do direito no Brasil

Com o término da segunda guerra mundial na Europa e o advento do processo de redemocratização do Brasil, observa-se uma série de transformações na forma de

¹ José Reinaldo de Lima Lopes, *Judiciário, democracia e políticas públicas*, Revista de Informação Legislativa, ano 31, n. 122, Brasília, Senado Federal, p. 260, maio-julho, 1994. É importante, todavia, considerarmos os limites das normas constitucionais, evitando a falsa concepção de que apenas com o Direito será possível alcançar a superação da pobreza, da desigualdade e da falta de democracia. A ficção de que a norma pode tudo pode conduzir a um direito constitucional desprendido da vida real.

² Como exemplo, podemos citar as ações que versam sobre tratamentos médicos exorbitantes no exterior, medicamentos não essenciais como Viagra, além de próteses, aparelhos de audição, ultrassom, próteses, tratamentos psicológicos de adolescentes carentes, transplantes de medula, marca-passos e afins. Sobre o tema, vide Florian F. Hoffman e Fernando R. N. M. Bentes, *A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica*, em: Daniel Sarmiento; Cláudio Pereira Souza Neto (orgs.), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 391-400.

³ Sobre os riscos de uma judiocracia com decisões judiciais que operam em um sistema de abertura das normas constitucionais e permitem o uso de preferências políticas e valorativas do juiz em detrimento das opções fundamentais da sociedade trazidas pelo constituinte, vide Daniel Sarmiento, *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*, em: Daniel Sarmiento (org.), *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Júris, 2009, p. 133.

⁴ Neste tocante, o controle judicial, sobre os atos dos demais poderes advindos da deliberação da maioria, se mostra instrumento eficaz para garantir que os direitos fundamentais que são pré-requisitos de legitimidade da atuação desses poderes não sejam violados. Um arranjo onde há legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos membros da corte pelo Executivo é um modelo eficiente para reduzir a injustiça política a longo prazo. Sobre o tema, vide Ronald Dworkin, *Juízes políticos e democracia*, Jornal O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.

organização política e jurídica estatal, que marcam o advento do Estado Constitucional de Direito e a ascensão dos pilares fundamentais do constitucionalismo contemporâneo.⁵

Sob a designação de neoconstitucionalismo compreendem-se distintas vertentes⁶ que consolidam os novos paradigmas do fenômeno político-jurídico, produzindo mudanças na compreensão do Direito no campo da *dogmática*, da *teoria* e da *prática jurídica*, garantindo a crescente reaproximação entre o Direito e os valores de ética e justiça, em contraponto ao distanciamento do modelo anterior.⁷

Na vertente da *dogmática*, o neoconstitucionalismo envolve o processo de incorporação de amplo elenco de direitos fundamentais aos textos constitucionais, com o reconhecimento – além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais em face do poder público e dos particulares – do seu ângulo objetivo como representante da consagração da ordem objetiva dos valores essenciais à sociedade.⁸

Com a expansão da jurisdição constitucional, mediante a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, garante-se a preservação dos direitos fundamentais do processo político majoritário, reservando sua tutela à seara do Poder Judiciário.⁹

⁵ Como marco normativo, tem-se a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha, a da Constituição da Itália, e a posterior, das cartas fundamentais de Portugal e Espanha. Alcança o fenômeno para além do velho continente, encontrando no Brasil, com o fim da ditadura militar e a edição da Constituição da República, o ambiente propício para a garantia da estabilidade institucional e da aplicabilidade das normas constitucionais. Sobre o tema: Miguel Carbonell, *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*, em: Miguel Carbonell (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1ª. ed. Madri, Editorial Trotta, 2003, p. 9, e Luis Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito. O triunfo tardio no Direito Constitucional no Brasil*, em: Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (orgs.) *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 205.

⁶ Abrange, portanto, as teorias de Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Carlos Nino, Robert Alexy e Ronald Dworkin, dentre outros. Sobre as distintas perspectivas teóricas e suas características comuns, vide por todos: Susana Pozzolo, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, Doxa, N. 21-II, 1998, p. 340 e seguintes.

⁷ Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo: elementos para una definición*, em: Eduardo Ribeira Moreira e Maurício Pugliesi, *20 anos da Constituição Brasileira*, São Paulo, Editora Saraiva, 2009, pp. 197-208. Adotam-se como ponto de partida para este breve estudo do fenômeno os planos de análises propostos por Miguel Carbonell, mediante abordagem das transformações ocorridas nas Constituições, nas práticas judiciais e no desenvolvimento teórico dos modelos constitucionais.

⁸ Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 371. Liga-se à dimensão objetiva a compreensão de que os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes da comunidade política, potencializando a sua irradiação para todos os campos do Direito, e sua eficácia, enquanto fins ou valores comunitários, sobre uma miríade de relações jurídicas.

⁹ Rosa Júlia Plá Coelho, *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais*, 1ª. ed., Brasília, Ordem dos Advogados do Brasil, 2005, p. 34. Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição

No campo da *prática judicial*, abrange a reelaboração da interpretação constitucional, com o redimensionamento da norma jurídica como veiculadora apenas dos elementos iniciais para a solução do problema, a assunção dos fatos enquanto instrumento de delimitação dos resultados possíveis, e o intérprete sendo um dos sujeitos que participa no processo de criação do Direito.¹⁰

Enseja a definição de métodos interpretativos mais flexíveis e compatíveis com as hipóteses onde há a incidência multidimensional de normas jurídicas e complexidade dos fatos em questão, permitindo, mediante concessões recíprocas, a preservação dos bens e interesses em jogo e a definição do direito precedente em caso, sempre reconduzindo ao sistema jurídico e à concordância prática.¹¹

Na vertente da *teoria jurídica*, o neoconstitucionalismo importa no reconhecimento da força normativa da Constituição, com o rompimento da concepção da lei fundamental como mero documento político que veicula convite à atuação dos poderes públicos, mas também na atribuição do *status* de norma jurídica delimitando limites e impondo deveres de atuação para o Estado.^{12, 13}

Compreende, ainda, a posição de centralidade assumida pelos direitos fundamentais no sistema jurídico, instituindo uma ordem objetiva de valores e irradiando sua

constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais.

¹⁰ Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del estado de derecho*, em: Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo(s)...*, *op.cit.*, p. 18. Altera-se o papel do Poder Judiciário, que passa a ter a competência ampla para invalidar atos legislativos e administrativos considerados como inconstitucionais e interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição, com o preenchimento das antinomias e lacunas.

¹¹ O emprego da técnica legislativa de *conceitos jurídicos indeterminados* dotados de maior plasticidade e textura aberta e o reconhecimento de normatividade dos *princípios* com menor densidade jurídica inviabilizam que o intérprete extraia das normas em abstrato os elementos necessários à sua aplicação, sujeitando-se às suas valorações, e escolha entre as soluções possíveis mediante a ponderação entre os bens envolvidos e a argumentação como elemento de controle da racionalidade da decisão proferida. Sobre o tema, vide Jane Reis, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006. Em especial o capítulo III.

¹² Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris (ed.), 1991, pp. 14-15. Uma das obras precursoras sobre o tema, extraída a partir de sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg. Segundo o autor, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, mas tampouco se limita ao reflexo das condições fáticas: sua essência reside na pretensão de eficácia, de sua concretização na realidade imprimindo-lhe ordem e conformação.

¹³ Na nossa experiência constitucional, antes restrita a Constituições garantistas que tutelavam as liberdades formais como repositórios de promessas vagas, significa a interrupção do ciclo inicial de *baixa normatividade* das disposições que veiculavam os direitos fundamentais – em especial, das normas que declaravam os direitos sociais – com o reconhecimento da aplicabilidade direta e imediata de seus preceitos. Sobre o tema: Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, 7ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003. Em especial, Capítulo IV.

força normativa por todo o ordenamento, condicionando a interpretação das normas e institutos dos ramos do Direito e vinculando a atuação dos poderes públicos.¹⁴

Por efeito, com a expansão da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário assume um novo papel na promoção dos direitos fundamentais, que, aliado ao acréscimo da demanda social por justiça e a recuperação de suas garantias institucionais, resulta na sua *ascensão político-institucional* e na expressiva *judicialização das questões políticas e sociais*.¹⁵

Através do reconhecimento da supremacia axiológica da Constituição e do novo *status* dos direitos fundamentais na ordem jurídica, deriva-se um processo de apreensão do sistema sob a ótica da Constituição com o objetivo de realizar os bens e valores fundamentais veiculados, em um processo designado de *constitucionalização do Direito*.¹⁶

Corresponde o fenômeno, portanto, à transformação do ordenamento jurídico oriundo de sua impregnação pelas normas constitucionais, que passam a redimensionar as atividades *legislativa, judicial e doutrinária* ao novo papel de centralidade assumido pela Constituição nas relações com os poderes públicos e com a sociedade.

Na nossa ordem jurídica, o fenômeno de constitucionalização se inicia com a promulgação da Constituição da República de 1988, em um processo que resultou no seu deslocamento para o eixo central do sistema jurídico e no reconhecimento da sua supremacia axiológica, potencializada pela erradicação daqueles fatores mencionados.¹⁷

¹⁴ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 1ª. ed., Madri, Trotta, 1999, p. 22. Os direitos fundamentais apresentam, portanto, uma dupla ordem de sentido: como vínculos axiológicos, que condicionam a validade material das normas produzidas, e enquanto fins que orientam o Estado Constitucional de Direito.

¹⁵ Luis Pietro Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, em: Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismos*, p. 122. Corresponde a chamada onipotência judicial, decorrente da compreensão de que, sendo a Constituição uma norma jurídica presente em todo o tipo de conflito em razão do seu denso conteúdo material, a grande maioria das questões da vida social e política se submete ao controle pelo Poder Judiciário.

¹⁶ José Adércio Leite Sampaio, *Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do Direito*, em: Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmiento, *op. cit.*, p. 200. A força irradiante da Constituição, portanto, não se limitou apenas à reconstrução dinâmica de seus próprios enunciados de norma numa espécie previsível de autoalimentação constitutiva, mas se projetou para todo o sistema jurídico, revisando o sistema de fontes e reestruturando seus pilares deontológicos.

¹⁷ Neste tocante, realiza idêntico movimento translativo ao ocorrido na Alemanha, onde sob a égide da Lei Fundamental de 1949 e consagrando o desenvolvimento doutrinário, o Tribunal Constitucional Federal assenta que os direitos fundamentais instituem uma ordem objetiva de valores, condicionando a interpretação de todas as normas e vinculando os poderes públicos.

Oriundos de uma experiência constitucional marcada por uma inflação legislativa e uma insinceridade normativa,¹⁸ onde as Constituições garantistas tutelavam as liberdades formais como repositórios de promessas vagas, a veiculação de amplo elenco de direitos fundamentais e a sua inserção dentre as restrições ao poder de reforma reforçaram a rigidez da Constituição.¹⁹

A previsão exaustiva dos bens e interesses sociais na lei fundamental produziu a subtração do alcance do legislador de distintas questões da vida política e social, que passaram a encontrar fundamentos imediatos nas normas constitucionais, sujeitando-se, portanto, ao controle de adequabilidade com a lei fundamental.²⁰

Neste ponto, a expansão da jurisdição constitucional mediante a criação de novos instrumentos²¹ de controle de constitucionalidade e a ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura das ações abstratas, garantiu a proteção das normas constitucionais e a preservação de sua hierarquia mediante atuação do Poder Judiciário.

Por efeito, a ampliação da competência do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade dos atos emanados dos poderes públicos e do crescente exercício das ações abstratas pelos atores políticos e sociais, permitiu um processo de judicialização da política, que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas.²²

A necessidade de reelaboração doutrinária da hermenêutica constitucional de forma a resguardar tanto o processo democrático quanto a estabilidade institucional

¹⁸ Luís Roberto Barroso, *op. cit.*, p. 61. Não foi incomum a existência formal de Constituições que invocaram o que não estava presente, afirmavam o que não era verdade e prometiam o que não seria cumprido. Como exemplo, tem-se a Constituição de 1969, que garantia os direitos à integridade física e a vida, em tempos de prisões ilegais, tortura e desaparecimento de pessoas na ditadura.

¹⁹ Riccardo Guastini, *op. cit.*, p. 51. Acentua-se o processo de constitucionalização nos ordenamentos em que, além da previsão de um procedimento especial de alteração das normas constitucionais, existem princípios constitucionais não sujeitos à reforma pelo poder constituinte derivado. Isto ocorre em nossa ordem jurídica, onde são previstos, além de um processo legislativo específico (artigo 60 *caput*), princípios sensíveis que não podem ser objeto de deliberação de proposta de emenda (artigo 60 §4º, todos da Constituição).

²⁰ Daniel Sarmento, *op. cit.*, p. 125. A hospedagem no texto constitucional de inúmeros princípios vagos, inclusive alguns de duvidosa dignidade constitucional, dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação, favoreceram o processo de constitucionalização do Direito.

²¹ Amplia-se o objeto e escopo da jurisdição constitucional através da ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, incisos I a IX), da criação do controle de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103 §2º), com a ação direta e o mandado de injunção (artigo 102 “q”), e da previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102 §1º), dentre outros.

²² Como ilustrações, têm-se as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto aos limites de investigação das Comissões Parlamentares, a fidelidade partidária, a Reforma da Previdência e a Reforma do Judiciário. Quanto aos direitos fundamentais, têm-se a interrupção da gestação de fetos inviáveis, as pesquisas com células-troncos embrionárias e as políticas públicas de distribuição de medicamentos.

na promoção dos valores fundamentais, conduziu à interpretação da lei conforme a Constituição quando possível, evitando a contrariedade com os seus preceitos e garantindo a manutenção da validade da lei.²³

2. O papel da jurisdição constitucional brasileira

A judicialização das questões políticas e sociais decorre do desenho institucional vigente – que, apoiado na ampla constitucionalização-inclusão de matérias infra-constitucionais, na adoção do sistema de jurisdição una e no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional – que conduz ao Poder Judiciário as principais controvérsias da sociedade.

Todavia, no âmbito da jurisdição constitucional esse exercício do controle das questões políticas e sociais – que caberiam precipuamente à deliberação política dos demais Poderes Estatais – pode importar na adoção pela Corte Constitucional de uma postura *autocontida* – de deferência à decisão política majoritária realizada pelos poderes constituídos – ou *ativista* – de proteção das normas constitucionais criadas pelo poder constituinte.

Com a Constituição Federal de 1988 e a reformulação da interpretação judicial é reforçado o papel contramajoritário da corte constitucional – passando do de ordenação e conformação da realidade político-social vigente ao de concretização dos bens e interesses fundamentais eleitos pela sociedade em sua lei fundamental, dentre os quais a proteção e promoção dos direitos do homem.

Por efeito, na última quadra histórica o Supremo Tribunal Federal tem exercido, no controle de constitucionalidade, um papel evidente na fiscalização dos atos dos demais poderes com fins de garantia de proteção das normas constitucionais – em especial no que se refere ao respeito e à concretização dos direitos fundamentais.

Isto ocorre pela aplicação direta e imediata da Constituição em situações não expressamente contempladas no texto constitucional diante de omissão ou violação por disciplina normativa, quer pelo legislador, quer por ato concreto do administrador, com vistas à garantia de proteção ou à concretização dos valores e fins constitucionais.

É o que ocorreu no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 32, onde o Supremo Tribunal Federal, apesar da inexistência de regra constitucional explícita acerca das uniões homoafetivas, determinou o reconhecimento

²³ Compete ao Poder Judiciário preservar as condições essenciais de funcionamento do Estado Democrático mediante a tutela dos princípios fundamentais e dos procedimentos adequados à participação e deliberação. Sobre o tema, vide Cláudio Pereira, Souza Neto, *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

e a equiparação com as uniões estáveis tradicionais, com fundamento central no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.²⁴

O controle de constitucionalidade abrange a invalidação de atos normativos de constitucionalidade discutível emanados do Poder Legislativo ou Administrativo com adoção de critérios menos rígidos do que aqueles onde inexistente patente e ostensiva violação da Constituição, com vista à preservação da hierarquia das normas constitucionais.

É o verificado no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685, onde a Emenda Constitucional 52, que disciplinava coligações eleitorais impondo sua aplicação imediata, violava a anterioridade anual da lei eleitoral, à qual, embora não ostentasse o de cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal reconheceu tal status com fins de garantir a preservação e eficácia da referida norma constitucional.²⁵

Por fim, compreende a imposição ao Poder Público de condutas ou de abstenções capazes de impedir violação ou garantir a concretização de direitos e fins constitucionais, em especial mediante o controle judicial sobre os programas de políticas públicas, de forma a assegurar o acesso a prestações a bens e serviços essenciais.

É o que foi decidido na ADPF 45/DF, em que o Presidente da República vetou norma da lei de diretrizes orçamentárias que garantia recursos mínimos para ações e serviços públicos de saúde, e o Supremo Tribunal Federal entendeu que embora houvesse espaço de conformação legislativa e discricionariedade administrativa elas não podiam ser utilizadas para neutralizar a eficácia dos direitos sociais.²⁶

²⁴ Neste caso das uniões homoafetivas (ADPF 132), inexistente regra constitucional expressa que tutele as relações ou prescreva a aplicação do regime de união estável, bem como não há vedação da norma do artigo 226 §3º, uma vez que esta, ao tratar de homem e mulher, buscou a superação da desigualdade na relação de casamento e não impedir a aplicação do regime às uniões homoafetivas. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, com fundamento na dignidade da pessoa humana, aplicou o regime das uniões estáveis a essa nova modalidade de família. Sobre o tema, vide: Luís Roberto Barroso, *O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*, Revista do Ministério Público do RJ, pp. 155 e ss., n. 27.

²⁵ Neste caso da verticalização (ADIn 3685), o artigo 2º da Emenda Constitucional 52 de 8 de Março de 2006 alterava o artigo 17 §1º da Constituição da República, fixando data para alteração, em violação ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16). O Supremo Tribunal Federal, para proteger a norma constitucional, que embora não tivesse uma violação frontal perderia sua eficácia, declarou inconstitucional a emenda constitucional, dando à norma do artigo 16 o status de cláusula pétrea, embora não se enquadre no rol de cláusulas elencadas na Constituição. Sobre este tema, consulte-se: Fernando Bernardi Gallaci, *O STF e as cláusulas pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?*, São Paulo, SBDP, 2011, pp. 25-27.

²⁶ Na ADPF 45/DF o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que, não obstante a formulação e a execução das políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, neste domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo, de modo que não podem proceder com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sobre o tema, em seus limites e possibilidades, vide: Emerson Affonso da Costa

No Brasil esse ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática – que gera um descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade – e a incapacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais, produzindo um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário.

A redução da deliberação política ao processo eletivo,²⁷ a histórica e perniciosa influência econômica dos agentes políticos sobre o eleitor²⁸ e a captação dos agentes políticos por grupos de interesse²⁹ conduzem a um distanciamento entre representante e representado, promovendo estreitamento do debate político, que se transfere para os órgãos judiciários.

O desinteresse dos atores políticos em atender questões de interesse social em que há um desacordo moral razoável na comunidade, de forma a evitar os desgastes promovidos pelo debate e os riscos da responsabilização política nas eleições, tornam o Poder Judiciário no Brasil uma instância decisória de questões polêmicas,³⁰ o que reforça de forma negativa aquela atrofia.

O processo de hipertrofia legislativa com a explosão de legislação infraconstitucional e regulamentação infralegal, bem como a tecnicidade da produção legislativa,

Moura. *Do controle jurídico ao controle social: parâmetros à efetividade dos direitos sociais*, Revista de Direito Constitucional e Internacional, IBDC, volume 77, dez 2011.

²⁷ Ana Paula de Barcellos, *Papéis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*, em: RDE, ano 3, N. 12, Out/dez 2008, pp. 82-84. Trata-se de fenômeno com fundamentos diversos, que variam desde a impossibilidade de participação devido às condições de pobreza extrema e baixo nível de educação de grande parte da população, à dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e à falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, e até mesmo à descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública.

²⁸ Remonta ao período colonial brasileiro a adoção de um modelo *patrimonialista*, marcado pelo predomínio da corrupção, nepotismo e uso do poder econômico, que se exterioriza até os dias atuais na corrupção persistente e nas políticas paternalistas que marcam a política brasileira. Sobre o tema, vide: Raymundo Faoro, *Os donos do poder*, 15ª. ed., São Paulo, Editora Globo, 2000.

²⁹ A captura de partidos e candidatos por grupos de interesse que patrocinam as campanhas eleitorais para posteriormente cobrar favores por meio da satisfação de políticas distributivas a seu favor, é uma das formas de captura, mas não o único meio de influência dos grupos de interesse, em especial, econômicos, na captação dos membros do Congresso. Sobre o tema, vide: Wagner Pralon Mancuso, *O lobby da indústria no Congresso Nacional*, São Paulo, EDUSP, 2007, p. 110.

³⁰ José Ribas Vieira, Margarida Maria Lacombe Camargo e Alexandre Garrido Silva, *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial*, em: Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos, 2009, pp. 44-45. O ativismo judicial é exercido em contextos de inércia intencional pelos demais poderes do Estado. Em casos que são politicamente custosos, com temas profundamente custosos sem perspectiva de consenso na sociedade – como as uniões homoafetivas, ditadura militar e aborto –, as instâncias democráticas abrem espaço para atuação ativista, repassando os custos políticos para os tribunais, que não passam pelo crivo do voto popular após suas decisões.

com a criação de conceitos jurídicos indeterminados, desencadeiam a ampliação dos conflitos na sociedade e da litigiosidade, bem como um potencial criativo e uma margem de discricionariedade no Judiciário.³¹

As omissões legislativas na regulamentação de preceitos impostos pela Constituição que impedem o exercício dos direitos pelos representados, aliadas à instituição de mecanismo próprio de controle de constitucionalidade pela via concentrada, e a utilização de ação constitucional na via incidental, impõem a intervenção judicial na decisão política.

Por efeito, neste cenário de crise das instâncias democráticas, a rigor, o papel ativo do Poder Judiciário – em especial do Supremo Tribunal Federal – na realização dos valores e fins constitucionais não viola o princípio da separação dos poderes, mas é capaz de contribuir com o processo democrático ao garantir os seus pressupostos materiais pela concretização dos direitos fundamentais.

Isto exerce demasiada importância no que tange aos direitos fundamentais, onde há um dever de proteção e promoção pelos poderes públicos – com oferecimento das prestações necessárias para a sua fruição, e impondo, em sua ausência, a tutela pelo Poder Judiciário com o respectivo controle dos atos, não é exercido, porém, de forma ilimitada.

Entretanto, o Poder Judiciário não pode atuar a título de proteção dos direitos fundamentais como *poder constituinte permanente*, moldando a Constituição de acordo com as suas preferências políticas, sem a devida legitimidade e responsabilidade política, em evidente violação ao princípio majoritário e ao processo democrático.³²

Há princípios sensíveis à democracia: questões notadamente políticas que se sujeitam à vontade da maioria e que, portanto, estão, a rigor, fora da ingerência do Poder Judiciário; mas também há princípios insensíveis ao princípio majoritário: questões relativas à própria proteção da pessoa humana, que se sujeitam ao controle judicial.³³

3. Análise crítica do papel da Corte Constitucional

O Estado Democrático de Direito se erige sob a dialética entre *constitucionalismo* – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia dos direitos

³¹ Celso Fernandes Campilongo, *O Direito na sociedade complexa*, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 87. A hipertrofia do direito legislado e a produção de leis vagas reforçam e alimentam a possibilidade do direito judicial, transferindo para o Poder Judiciário a decisão sobre conflitos que caberiam ser dirimidos no âmbito político.

³² Daniel Sarmiento. A proteção judicial dos direitos sociais, em: Cláudio Pereira de Souza Neto, (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

³³ Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 129 e 224.

básicos do cidadão³⁴ – e *democracia* – enquanto soberania popular e vontade da maioria³⁵ – e, portanto, sob uma tensão imanente entre os direitos fundamentais e o governo democrático.

De um lado, portanto, cabe à Constituição garantir as condições necessárias ao processo democrático mediante a garantia das condições procedimentais e da reserva do espaço próprio do pluralismo político, assegurando um ambiente para o adequado funcionamento da deliberação política – inclusive com a garantia das liberdades fundamentais essenciais ao exercício democrático.³⁶ Porém, por outro, abrange preservação de um conjunto de valores e objetivos que traduzem um compromisso com a transformação social e não permitem que os poderes constituídos disponham livremente dos bens essenciais da sociedade, gerando o esvaziamento da eficácia das normas constitucionais a título de exercício da democracia.³⁷

Assim, se por um lado cabe aos poderes constituídos o processo de concretização das normas constitucionais através da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa, por outro, os direitos fundamentais – fruto do poder constituinte originário – não se sujeitam a um espaço ilimitado de decisão do governo democrático na sua proteção, promoção e restrição.

Neste sentido, portanto, a lei fundamental veicula consensos mínimos para a proteção dos indivíduos e o funcionamento do regime democrático, protegendo os direitos fundamentais do exercício do princípio majoritário e das decisões proferidas

³⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3ª. ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 47.

³⁵ Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a teoria clássica de Aristóteles, da Democracia como governo do povo, de todos os cidadãos – ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania –; a teoria medieval, de origem Romana, que identifica Democracia com soberania – o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior –; e a teoria moderna, de Maquiavel, onde Democracia é o governo genuinamente popular. Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino, *Dicionário de Política*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 320.

³⁶ A Constituição não pode e nem deve ter a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária, mas deve proteger as condições procedimentais que permitam o desenvolvimento do processo político deliberativo. Assim, a Constituição da República de 1988 veiculou o princípio democrático e majoritário (art. 1º, *caput*), garantiu o pluralismo político (art. 1º, inciso V), a inserção, como cláusula pétreia, tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico, e a forma federativa (art. 6º §4º), dentre outros. No viés procedimentalista, vide: John Hart Ely, *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, São Paulo, Martins Fontes, 2011, e Jurgen Habermas, *Direito e democracia entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

³⁷ Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2009, pp. 382-91. Isto por que a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, mas compreende outros princípios e o respeito aos direitos da minoria. Assim, enquanto o processo político majoritário se move por interesses, a lógica democrática se inspira em valores, restando ao Poder Judiciário preservar diante da soberania popular e governo da maioria a limitação do poder e os direitos fundamentais.

por maiorias políticas ocasionais, inclusive mediante o controle de deliberações políticas que o violem.³⁸

Na nossa ordem jurídica, onde há um sistema de Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos, as tensões são resolvidas pelo exercício da jurisdição constitucional³⁹ que tutela a *soberania popular* com a preservação das condições procedimentais do exercício democrático e os *direitos fundamentais* pela proteção à manifestação da vontade da maioria.⁴⁰

De tal sorte, cabe ao Poder Judiciário garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais mediante o controle dos atos dos demais poderes públicos que os violem ou não os concretizem, sem que isto, necessariamente, resulte em violação do princípio democrático, mas, inclusive, exteriorize a proteção dos pressupostos básicos da democracia. Isto porque nas democracias contemporâneas o processo democrático deve abranger a deliberação pública que ocorre em um contexto de livre circulação de ideias e de informações; isto ocorre mediante o respeito e concretização de direitos fundamentais que permitem a igualdade de condições no debate democrático, racionalizando e legitimando as decisões políticas.⁴¹

Assim, a construção de um modelo cooperativo no contexto democrático compreende a concretização de direitos fundamentais capazes de garantir a liberdade de agir e o acesso igualitário de todos à participação do processo de formação da vontade coletiva, de forma a atribuir legitimidade e correção ao próprio processo democrático.

³⁸ A Constituição deve proteger, e as cortes judiciais implementar, os direitos e princípios que realizem os valores de justiça, liberdade e igualdade. No viés substancialista, vide: John Rawls, *Uma teoria de justiça*, Belo Horizonte, Editora Martins, 2008; e Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, Belo Horizonte, Editora Martins Fontes, 2010.

³⁹ Peter Häberle, *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*, em: Peter Häberle, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 166. Cabe a todo órgão que possua o *status* de realizar a jurisdição constitucional zelar pela aplicação das normas constitucionais, inclusive, se for necessário, contra a vontade da maioria.

⁴⁰ Moreira Vital, *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: legitimidade e limites da Justiça Constitucional*, em: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 179. De forma que a vontade da maioria momentânea – do poder governante – não se sobreponha sobre a vontade da maioria permanente – do poder constituinte originária.

⁴¹ Cláudio Pereira Souza Neto. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*, em: Daniel Sarmento (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro Lumen Juris, 2009, pp. 79-80. Para que a deliberação ocorra em efetivo deve existir um contexto aberto, livre e igualitário, onde todos possam participar com iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do Estado de Direito e da garantia dos direitos fundamentais que são pressupostos da verdadeira democracia. Assim, quando uma corte constitucional garante os direitos fundamentais contra a vontade da maioria, não está violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para a sua plena realização.

Isto importa na adjudicação, pelo Poder Judiciário, das prestações materiais necessárias à fruição do direito à liberdade e à igualdade, permitindo que o indivíduo possa exercer efetivamente sua autonomia na esfera privada e pública⁴² e tenha possibilidade de participar e cooperar de forma igualitária no processo político democrático.⁴³

Cabe, portanto, à Jurisdição Constitucional garantir as prestações necessárias – inclusive, o Supremo, através de súmulas vinculantes – à concretização dos direitos fundamentais como forma de proteção da supremacia axiológica da Constituição e de seus preceitos, e do próprio princípio democrático, pela garantia das condições mínimas em que a deliberação política irá ocorrer.

Porém, lembre-se que a delimitação dos direitos fundamentais – com o conteúdo que devem ter e a forma de distribuição entre grupos e indivíduos, embora sujeitos a intenso desacordo – pode ser definida a rigor⁴⁴ no âmbito da democracia majoritária, porém sem importar na supremacia da concepção da maioria desrespeitando o direito de autodeterminação da minoria democrática.

Em um contexto democrático, marcado pela *liberdade e igualdade* dos indivíduos, cabe às maiorias legislativas respeitar os direitos fundamentais através da garantia da preservação da *autonomia do indivíduo* para desenvolver suas capacidades *morais* – de ter sua concepção de bem e de justiça – e as faculdades de *razão* – de juízo e de pensamento.⁴⁵

Por efeito, veda-se que no exercício da conformação legislativa com a regulação dos preceitos constitucionais sejam realizadas *escolhas morais*, que inviabilizem a existência da pluralidade de concepções morais dos indivíduos, dentro do consenso mínimo veiculado pela Constituição, garantindo o contexto pluralístico da sociedade e a inserção de todos no processo democrático.⁴⁶

⁴² Como ilustração, no que tange ao direito de educação não envolve apenas as prestações referentes à educação fundamental, pois o ingresso nos níveis mais avançados de ensino depende da capacidade de cada um e envolve a necessária igualdade de condição, ou seja, o acesso ao Ensino Médio, permitindo que o indivíduo possa buscar um projeto razoável para a sua vida (faculdade) e seja capaz de participar da deliberação política de forma igualitária com os demais.

⁴³ A igualdade envolve, em certa medida, uma igualdade econômica e social razoável que permita que todos os indivíduos e grupos em um contexto de pluralismo tenham condições e se vejam motivados a cooperar no processo político democrático. É inverossímil sustentar que uma pessoa que não tem acesso à alimentação adequada ou à saúde curativa, bem como um grupo hipossuficiente, sem saneamento básico ou acesso a programas sociais, sejam capazes de participar do debate democrático em igual condição com os demais indivíduos e grupos.

⁴⁴ Frisa-se a expressão pode, pois se reconhece, como Dworkin, que não há apenas uma resposta possível para as questões que envolvem direitos. Sobre o tema, vide: Ronald Dworkin, *op. cit.*, cap. 13.

⁴⁵ John Rawls, *op. cit.*, p. 277 e pp. 365-380

⁴⁶ Como, por exemplo, se no crime de injúria qualificado se protege as minorias sujeitas a preconceito (art. 140, §3º), a falta de inclusão da opção sexual no tipo penal denota a exclusão de uma escolha moral – outras formas de sexualidade – pela sua não tutela, em favor da imposição de outra.

Da mesma forma, não significa que as questões sobre direitos devam ser decididas por um Poder Judiciário, uma vez que a resposta alcançada não será adequada por não respeitar as capacidades morais e políticas dos cidadãos, bem como não será a mais correta, em razão do desacordo moral existente no seio da comunidade.⁴⁷

Conclusão

Com o processo de redemocratização e com a promulgação da Carta Magna de 1988 firmam-se os pilares de um constitucionalismo compromissado, no campo social, com a proteção e promoção dos direitos fundamentais, e, no espaço político, com o respeito e desenvolvimento do princípio democrático, de maneira a concretizar um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, a Constituição Federal reforçou o papel do Poder Judiciário através da ampliação das ações constitucionais, a previsão de garantias dos seus membros, e a consagração da cláusula de inafastabilidade da tutela jurisdicional e a constitucionalização-inclusão com a fuga da deliberação ordinária de questões sociais e políticas, na proteção dos bens e valores sociais fundamentais.

Portanto, no exercício da função contramajoritária de promoção dos direitos fundamentais, e majoritária de proteção dos direitos das maiorias, caberá ao Poder Judiciário se mover entre a postura *autocontida* de deferência à decisão política majoritária realizada pelos poderes constituídos, ou *ativista*, de proteção das normas constitucionais criadas pelo poder constituinte.

Sob tal giro, a promoção dos direitos fundamentais demanda do poder público prestações positivas e negativas, cujas omissões e ações importarão na atuação contramajoritária da corte constitucional, para adequar a conformação legislativa ou discricionariedade administrativa ao respeito à hierarquia formal e axiológica dos preceitos constitucionais.

Todavia, reconhecer a atuação do Poder Judiciário como Guardião da Constituição e, portanto, de protetor dos direitos fundamentais contra as deliberações majoritárias e omissões inconstitucionais, não significa reconhecer que a corte constitucional atuará no espaço legítimo de decisão política dos demais poderes.

As decisões da corte constitucional denotam a importância de fixar limites ao exercício da jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais: *nem tanto ao mar*, deixando a concretização dos preceitos constitucionais de forma livre aos poderes constituídos, mas também *nem tanto à terra*, fixando o conteúdo ou abrangência das regulamentações e medidas adotadas na sua realização.

⁴⁷ Como, por exemplo, no julgamento da interrupção da gestação de feto anencéfalo, quando a Corte decidiu fixar o momento em que começa a vida, impondo uma escolha moral sobre as variadas existentes na matéria, tanto do ponto de vista jurídico, filosófico, científico e religioso.

Referências

- ABRAMOVICH, Víctor; Christian COURTIS, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, em: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BARBOSA, Rui, *Atos inconstitucionais*, Campinas, Russell, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- _____, *Papéis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*, em: RDE, ano 3, n. 12, Out/dez 2008.
- BARROSO, Luís Roberto, *A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos*, em: *Temas de direito constitucional*, t. IV, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- _____, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2 ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2009.
- _____, *Judicialização, ativismo Judicial e legitimidade democrática*, Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009.
- _____, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6. ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2006.
- _____, *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito. O triunfo tardio no Direito Constitucional no Brasil*, em: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (orgs.), *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- _____, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, 7 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- _____, *O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*, Revista do Ministério Público do RJ, n. 27.
- BOBBIO, Norberto, Nicola MATTEUCCI, Gianfranco PASQUINO, *Dicionário de política*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 13^a. ed., São Paulo, Malheiros, 2003.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes, *O Direito na sociedade complexa*, São Paulo, Max Limonad, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3^a. ed., Coimbra, Almedina, 2000.
- CARBONELL, Miguel. *Nuevos tiempos para el Constitucionalismo*, em: CARBONELL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 1^a. ed., Madri, Editorial Trotta, 2003.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*, Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- COELHO, Rosa Júlia Plá, *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais*, 1 ed., Brasília, Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.

- DIMOULIS, Dimitri e Soraya LUNARDI, *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*, em: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de, e NOVELINO, Marcelo, *As novas faces do ativismo judicial*, São Paulo, Jus Podvim, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri, Leonardo MARTINS, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Juízes políticos e democracia*, Jornal O Estado de São Paulo, 26/ abril, 1997.
- _____, *Levando os direitos a sério*, Belo Horizonte, Editora Martins Fontes, 2010.
- ELY, John Hart, *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, São Paulo, Martins Fontes, 2011.
- FAORO, Raymundo, *Os donos do poder*, 15^a. ed., São Paulo, Editora Globo, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 1^a. ed., Madri, Trotta, 1999.
- _____, *Pasado y futuro del estado de derecho*, em: CARBONELL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 1^a. ed., Madri, Editorial Trotta, 2003.
- GALLACCI, Fernando Bernardi, *O STF e as cláusulas pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?*, São Paulo, SBDP, 2011.
- GARAPON, Antonie, *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*, Rio de Janeiro, Renavam, 1999.
- HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
- HÄBERLE, Peter, *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*, em: HÄBERLE, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, México, Porrúa, 2005.
- HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOFFMAN, Florian F., Fernando R. N. M. BENTES, *A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica*, em: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs.), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, *Judiciário, democracia e políticas públicas*, Revista de Informação Legislativa, ano 31, n. 122, Brasília, Senado Federal, maio-jul. 1994.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez, *Los derechos fundamentales*, Madri, Tecnos, 2004.
- MANCUSO, Wagner Pralon, *O lobby da indústria no Congresso Nacional*, São Paulo, EDUSP, 2007.
- MORAIS, Blanco de, *Justiça constitucional*, t. I., Coimbra, Coimbra Ed., 2002.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa, *Do controle jurídico ao controle social: parâmetros à efetividade dos direitos sociais*, Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC, volume 77, dez 2011.
- PALU, Oswaldo Luiz, *Controle dos atos de governo pela jurisdição*, São Paulo, Ed. RT, 2004.
- RAWLS, John, *Uma teoria de justiça*, Belo Horizonte, Editora Martins, 2008.

- REIS, Jane, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- SANCHÍS, Luis Pietro, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, em: CARBONELL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*. 1ª. ed., Madri, Editorial Trotta, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 10 ed. rev. atual e ampla, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.
- _____, *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, em: SARMENTO, Daniel (org.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Júris, 2009.
- SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2008.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira, *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*, em: SARMENTO, Daniel (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara, *Direitos sociais*, Brasília, Senado Federal, 1987.
- TORRES, Ricardo Lobo, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, Juruá, 2009.
- VIEIRA, José Ribas, Margarida Maria CAMARGO LACOMBE e Alexandre SILVA GARRIDO, *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial*, em: Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos, 2009.
- VITAL, Moreira, *Princípio da maioria e Princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, em: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.