

CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE X LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO - DESATANDO NÓS

JUDICIAL REVIEW X LEGITIMACY OF JUDICIARY POWER - UNTYING KNOTS

Fernando Luiz Monteiro¹

Doutorando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*
da Unesa (Rio de Janeiro)

RESUMO: Este texto aborda o tema do *Judicial Review*, que tem sido objeto de variadas polêmicas ao longo dos últimos duzentos anos, desde a sua aparição no cenário constitucional norte-americano. Alguns aspectos do instituto são repassados, de maneira sintética, com a finalidade de embasar o objetivo a que se propõe a pesquisa. A tese esboçada no artigo é a de que a crítica reiterada que é feita a esse mecanismo de controle de constitucionalidade, centrada na baixa legitimidade do Poder Judiciário, carece de consistência, porquanto o conceito de legitimidade seja aberto, de difícil apreensão. Assim, sustenta-se que a opção pelo *Judicial Review* guarda relação, na verdade, com a forma de articulação dos Poderes do Estado, tendo em vista o tipo de democracia que se deseja em uma dada sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Controle judicial de constitucionalidade; legitimidade; separação de poderes; democracia.

ABSTRACT: *This text is about an issue from the Judicial Review, which has been a controversial topic for over the past 200 years since its first appearance into the North-American constitutional scenario. Some institution aspects are briefly posed aiming at setting up basis to what the research proposes. The essay thesis refers to the repeated criticism concerning such mechanism of constitutionality control, centered on low legitimacy of Judiciary Power, lacking consistency, so the legitimacy concept is open and difficult to grasp. It thus emphasizes that the option by Judicial Review in fact keeps a relationship with the articulation way of The State Powers considering the kind of democracy desired to a society.*

¹ Mestre em Direito pela UFPE.

KEYWORDS: *Judicial control of constitutionality; legitimacy; powers separation; democracy.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sobre a supremacia das Constituições; 2 Aspectos inerentes ao controle judicial de constitucionalidade; 3 Aportes esclarecedores da história jurídico-política norte-americana; 4 Judicialização da vida e ativismo judicial – Relações com o *Judicial Review*; 5 Legitimidade – Conceito de difícil apreensão; 6 Coordenação de poderes e democracia; 7 Últimas palavras; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 About the supremacy of the Constitutions; 2 Aspects inherent in the judicial review of constitutionality; 3 Enlightening Intakes of American legal and political history; 4 Legalization of life and judicial activism – Relations with the Judicial Review; 5 Legitimacy – Concept difficult to grasp; 6 Coordination of powers and democracy; 7 Last words; References.*

INTRODUÇÃO

Este artigo aborda, ainda que de maneira pontual, tema marcado por controvérsias desde a sua aparição no contexto histórico-constitucional norte-americano, no alvorecer do Oitocentos. Alguns aspectos do *Judicial Review*, aqui tratado também por controle judicial de constitucionalidade, compõem o quadro conceitual e analítico que é objeto da pesquisa.

O que se apresenta como problema a ser enfrentado é a impertinência da crítica costumeira que se faz ao controle judicial de constitucionalidade centrada na ideia de baixa legitimidade do Poder Judiciário. Para alguns autores, a propósito, nesse sentido não haveria nem como se falar em legitimidade de qualquer natureza. A tese que se busca sustentar, entretanto, é a de que tal crítica carece de fundamentação consistente, porquanto o conceito mesmo de legitimidade seja difuso, de difícil apreensão. O foco da reflexão crítica sobre o mencionado controle judicial, assim, necessariamente teria outro viés, ligado à noção de arranjo em termos de coordenação dos poderes do Estado, tendo em vista este ou aquele padrão de democracia que se deseje em uma dada sociedade.

Para a sustentação da tese indicada, cabe salientar a imprescindibilidade da adoção de dois posicionamentos prévios, sem os quais o conteúdo apresentado pode padecer de fragilidades insanáveis. Em primeiro lugar, parte-se do pressuposto de que se aborda o tema do controle judicial de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. A democracia aqui não se apresenta como

questão meramente convencional, mas como algo que se pretenda substancial². Ou seja, a materialidade democrática impõe

ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade. (Barroso, 2010:42)

O segundo pressuposto necessário à adequada compreensão das hipóteses aventadas é o de considerarmos esse Estado em um contexto de mínimo equilíbrio institucional, ou, antes, de regular funcionamento de suas instituições. Assim, não cabe na análise empreendida o exemplo de um Estado que vivencie grave crise de suas instituições, decorrente de fortes assimetrias internas ou até de avantajadas turbulências com raízes externas, mesmo que ostente um eventual passado de tradições democráticas.

O objetivo a que se propõe o artigo é, portanto, limitado. Comprovar que em um Estado Democrático de Direito, com regular funcionamento de suas instituições, a escolha de mecanismos de controle judicial de constitucionalidade não guarda relação segura com o tema da legitimidade, e sim com o modo de coordenação de Poderes, tendo em vista o tipo de democracia predominante nessa dada sociedade. As abordagens complementares que serão feitas, ao longo dos tópicos que seguem, criam o necessário embasamento, ainda que de modo panorâmico, para a defesa da tese expressa.

É sabido que o tema ora discutido arrasta consigo questões vibrantes, como as da judicialização da vida e do ativismo judicial. A rigor,

desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. (Barroso, 2008:01/19)

² Até 1990, a Alemanha Oriental ostentava o nome de República Democrática alemã, sem qualquer vestígio de substância democrática no dia a dia de sua sociedade.

Não serão esses outros temas, contudo, focos primordiais do artigo, porquanto o objeto delimitado seja outro. Aqui e ali serão tratados apenas como suporte conceitual ao objetivo proposto.

Vale ressaltar, ainda, nestas palavras introdutórias, lições de Saldanha, ao afirmar que

a ideia de Direito, desde o pensamento clássico, sempre envolveu – tal como ocorreu com a de justiça – as noções de coordenar e subordinar, bem como as de acerto e de simetria, noções que convergem para a de ordem. [...] O Direito, em qualquer sociedade, existe junto com a Política; mas existe com o sentido de completar a organização política com uma dimensão ordenadora mais flexível e mais complexa... (1992:168)

De alguma forma, as relações de poder também serão investigadas em um contexto mais amplo das relações entre Estado e Direito.

Também é de se mencionar que o tema perpassa a questão da politização da justiça, que não é objeto do estudo empreendido. A complexidade das condutas na vida moderna e a aspiração por uma legislação simples exigiriam do legislador uma atuação muito mais ágil e minuciosa em termos de regulação. Como essa fragilidade da ordem política apresenta-se de forma reiterada, então entra em cena o papel dos juízes. Não se pode esquecer, porém, que “os Tribunais ultrapassaram aqui a sua missão genuína, administrar justiça no caso concreto e, de certo modo, actuaram substituindo o legislador” (Larenz, 1991:620).

Tais indagações surgem na busca de apropriação da realidade estudada, em uma perspectiva que aproxima o sentir e a inteligência humanas, que não se apresentam como atos distintos, completos em sua ordem. Constituem-se, de fato, em dois momentos de um único ato de apreensão da realidade, caracterizado pela presença de uma inteligência senciente (Zubiri, 2011:95-122). É dessa mistura de momentos de sentir e de inteligir que se pode estabelecer uma aproximação com o objeto de estudo deste artigo, limitado aos contornos da própria tese já anteriormente esboçada. Também com essa perspectiva busca-se afastar de certa tradição epistemológica ocidental que, durante séculos, separou de modo nítido o sentir e o inteligir humanos.

Por fim, alguns esclarecimentos de natureza metodológica e acerca da própria estrutura do texto. Mesmo possuindo um curto fôlego, cabe registrar que ele se insere na linha crítico-metodológica, enfeixando levemente a teoria

argumentativa. A vertente associada ao texto é a jurídico-dogmática, acentuando aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários de determinado campo sob investigação. Por fim, dentro da tipologia de investigação das ciências sociais aplicadas ao Direito, sobressai no texto o tipo de pesquisa jurídico-compreensiva, um alargamento do clássico tipo jurídico-descritivo (Gustin e Dias, 2002:39-52).

O texto se estrutura em sete tópicos, excluída esta introdução. Em cada um dos tópicos seguintes, busca-se preparar o terreno para os três últimos, em que se identifica o coração da tese esboçada, coroada naturalmente na conclusão. Neles a ideia central é apresentada, em uma perspectiva de resgate de aspectos conceituais anteriormente apresentados. Ao final dos sete tópicos, apresenta-se a lista de referências bibliográficas. A estrutura do trabalho, assim, mantém sintonia com a proposta formal adotada, qual seja, a de um artigo de fôlego curto, em que muitos temas são abordados de maneira panorâmica para dar sentido ao objeto da pesquisa.

1 SOBRE A SUPREMACIA DAS CONSTITUIÇÕES

Tratar do controle judicial de constitucionalidade, ainda que na perspectiva de um marco pontual, leva-nos necessariamente ao encontro de algumas ideias que são expressivas no contexto do constitucionalismo moderno. Um desses ambientes conceituais que precisa ser reafirmado é o da tese prevalente da existência de uma hierarquia normativa dentro de um ordenamento jurídico-positivo, com a natural presença de um texto supremo a oferecer inteligência ao sistema como um todo.

É plausível afirmar que a problematização da hierarquia normativa não faz muito sentido em um contexto de direito consuetudinário, encontrando-se mais afeta a um sistema racionalizado, com dado padrão legalista, marcas predominantes do Direito moderno, na sua feição ocidental. Antes mesmo de uma reflexão mais sistematizada acerca do constitucionalismo, identifica-se algum nível de conexão entre supremacia e soberania. Assim, supremo era o poder do monarca ou do Estado, enquanto a soberania era um poder de império existente no Estado ou a ele pertencente. É do século XX a ideia de que a supremacia de um poder do Estado, o Judiciário, por exemplo, não é dele, mas é sempre supremacia da Constituição (Saldanha, 2000:136).

A identificação de uma norma cujo conteúdo possuíse *status* de superioridade é postulado presente também no jusnaturalismo. Havia como que uma necessidade de proteção de conteúdos fundantes da ordem jurídica, em uma

perspectiva do justo, em face das contingências do legislador histórico (Saldanha, 2000:137). Na esteira da evolução das ideias da ilustração, durante o século XIX tornou-se gradativamente assentada a tese segundo a qual a Constituição é superior às leis comuns. Abriu-se terreno, assim, para a fundamentação de tal supremacia na ideia de poder constituinte, um dos importantes espaços de análise da moderna teoria da Constituição. Voltando um pouco no tempo, cabe registrar que

já no episódio histórico que envolveu o Juiz Edward Coke na Inglaterra, os historiadores encontram a afirmação da superioridade do *common law*, como direito geral, em face dos atos do rei. Estaria ali a raiz do problema do controle dos atos legislativos e executivos em função de sua compatibilidade com a constituição. Entretanto o problema, no caso (1608), era também o do limite da competência dos juízes; e a “constituição” era, muito inglesamente, o todo, quase se confundindo com o *common law*, como de fato se confunde nos relatos históricos mais conspícuos. Não era ainda a noção contemporânea de constituição, nem a de uma supremacia constitucional no sentido que veio a vigorar depois do fim do século XVIII. (Saldanha, 2000:138-139)

A passagem da supremacia do direito para a supremacia da Constituição é tributária das grandes revoluções liberais do século XVIII, especialmente da Revolução Francesa. O texto constitucional assume a feição de supremacia, pois nele se encontram os fundamentos do Estado e do Direito. Nas discussões norte-americanas sobre a feitura da sua Constituição, o problema da flexibilidade ou da rigidez constitucional foi amplamente ventilado. Desse contexto, novas ideias tomam forma, a partir de um viés prático, mas também decorrentes de reflexões teóricas, a saber: temas como o da reforma e o do controle de constitucionalidade (Saldanha, 2000:139-143).

A supremacia da Constituição, assim, incorpora-se na práxis constitucional contemporânea. Cabe salientar, entretanto, com Schmitt, que a relativização do conceito de Constituição, equiparando-a a leis formais constitucionais, pode ser motivo de enfraquecimento de sua permanência e estabilidade. Com isso se renuncia por completo ao significado objetivo do texto supremo. Mesmo que haja mecanismos dificultosos de reforma da Constituição no sentido formal, arranjos políticos de momento podem jogar por terra qualquer expectativa de

durabilidade do texto. O jurista alemão afirma, então, não ter cabimento, nem lógico nem jurídico, um aparato formal de leis constitucionais, o que, de alguma forma, poria em risco a ideia mesma de fundamentabilidade da Constituição, que ora se apresenta (2003:37-44).

As Constituições rígidas ensejam a efetiva distinção entre poder constituinte e poderes constituídos. Nesse sentido, brota a sua superioridade no âmbito do ordenamento jurídico-normativo. Configura-se, então, um *locus* hierarquizado, em que a Constituição se apresenta como a lei de todas as leis. Como já indicado, não teria sentido lógico, dentro desse ambiente hierarquizado, que o legislador ordinário ou o governante de momento pudesse produzir atos válidos que confrontassem a Lei Maior, elemento destacado do conglomerado normativo. A própria reforma da Constituição, por conta da sua superioridade, decorrente de um poder constituinte originário, acaba por se estabelecer com necessárias limitações de conteúdo ou com dificuldades procedimentais.

Também aqui sobressai o tema do controle de constitucionalidade, porquanto de pouco adiantaria enfatizar a supremacia da Constituição se não houvesse mecanismos efetivos capazes de invalidar normas infraconstitucionais com ela incompatíveis. A rigor, supremacia constitucional, reforma e controle são temas que andam muito próximos entre si. É natural, assim, que nesse ambiente aflore a questão da identificação do órgão que deve estabelecer o mencionado controle. Trata-se de grave questão essa escolha do ente controlador, mas que não se apresenta como a única em relação ao tema. Afinal, seja qual for o órgão, ele ocupa “um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes” (Bonavides, 2002:268).

Não é inoportuno observar, ainda que este não seja o foco do artigo, a reflexão sobre a legitimidade da Constituição, ou seja, sobre o seu fundamento de validade, porquanto ela se apresente com *status* de superioridade em um dado sistema jurídico. Não obstante a noção de legitimidade sempre enseje algo de nebuloso, como se abordará adiante, essa reflexão voltou a ter relevância nos debates teóricos sobre o tema. Com a devida ressalva que deve ser enfatizada acerca do risco de se encarar a Constituição como berço privilegiado de valores manejáveis de qualquer modo, campo propenso mais a ativismos judiciais perigosos para a democracia que à efetivação de ideais de justiça, o magistério de Canotilho nos alerta para o fato de que

a constituição não representa uma simples positivação do poder; é também uma positivação de “valores jurídicos”. O critério da legitimidade do poder constituinte não é a mera posse do poder, mas a concordância ou conformidade do acto constituinte com as “ideias de justiça” radicadas na comunidade. (1993:111)

Por fim, ressalte-se que a Constituição carrega em si uma dupla condição, a de norma jurídica e a de norma superior em um dado ordenamento. Ela se apresenta, assim, como fonte do Direito e como norma que estabelece parâmetros ao próprio sistema geral de fontes do Direito. Por tudo isso, possui o texto constitucional uma dignidade especial, que não permite que ele seja encarado em uma perspectiva efêmera ou dominada por instabilidades. Cabe aqui um reforço, no sentido de que

o dogma de que uma norma não possa ter validade se não estiver de acordo com a Constituição levou a que esta não somente seja considerada fonte do Direito, mas que também regule o próprio sistema de fontes e seja o parâmetro de aplicação e de interpretação do Direito. (Beste, 2005:59-60)

2 ASPECTOS INERENTES AO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

A questão chave que se pretende enfrentar mais adiante possui necessariamente como ponto de partida a discussão doutrinária acerca da identificação do órgão encarregado de efetivar o controle de constitucionalidade em um determinado ordenamento jurídico-normativo. Como já indicado anteriormente, a necessidade desse controle advém quase que naturalmente do reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição.

Assim, de forma muito sucinta, identifica-se majoritariamente, em relação ao tema, mecanismos de controle de tipo político ou de tipo jurisdicional, sendo pouco usuais os modelos que buscam misturar os dois tipos precedentes. O exemplo recorrente do primeiro modelo é o Conselho Constitucional francês, cujos conselheiros são escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, havendo ainda a presença de membros natos – os ex-Presidentes da República. Em relação ao modelo jurisdicional, pode-se indicar o exemplo

brasileiro, em que é o próprio Poder Judiciário que efetua o aludido controle, de forma concentrada, por uma corte específica, ou de forma difusa, por juízes e Tribunais em geral³.

É de se ressaltar, neste ponto, o tema do caráter declaratório ou constitutivo da decisão que identifica a inconstitucionalidade de um ato normativo. Oriunda da tradição norte-americana, há a concepção segundo a qual a violação do texto constitucional reveste-se de tamanha gravidade que a consequência natural para o caso não poderia ser outra senão a declaração de nulidade plena do ato questionado, com efeitos *ex tunc*. Por sua vez, da tradição europeia, centrada no pensamento de Kelsen, surge a tese da anulabilidade, decorrente de uma decisão com natureza constitutiva, produzindo efeitos *ex nunc*. Esses modelos puros foram aos poucos sendo atenuados, com algum tipo de interferência mútua entre os seus elementos essenciais (Barroso, 2004:15-25).

A rigor, existe como discussão de fundo a busca da resposta para a indagação acerca de quem é o verdadeiro guardião da Constituição. A questão não se exaure apenas no que tange à identificação deste ou daquele órgão, mas ao modelo de articulação entre Poderes em um dado Estado constitucional. Afinal de contas, ostentar o *status* de guardião da Constituição é, de alguma forma, estabelecer um tipo de “super-poder”, porquanto o texto constitucional, dispondo sobre a organização do Estado e sobre os seus limites de atuação, bem como dispondo sobre direitos fundamentais, esse texto normativo é o contrato fundacional desta ou daquela comunidade de cidadãos.

Entre as diversas variações afetas ao tema, pode-se salientar dois grandes eixos teóricos, decorrentes do pensamento de Carl Schmitt e de Hans Kelsen. Para o pensador alemão, o desenvolvimento da questão parte de uma teoria do direito público do poder neutro. Há nisso influência de Benjamin Constant, com a ideia de existência de um quarto poder. Em termos práticos, a questão posta busca responder qual o significado do chefe de Estado, seja em uma monarquia ou em uma república, e qual o sentido do seu poder. Em um viés mais profundo, o que se discute é a relação entre *auctoritas* e *potestas*, e mesmo, noutro sentido mais limitado, a distinção entre reinar e governar (Schmitt, 2007:193-197).

A concepção, aparentemente estranha, sustentada por Schmitt, de que o guardião da Constituição de Weimar é o Presidente do Reich, possui como

³ Para os fins da discussão proposta no texto, pouca relevância há na abordagem de mecanismos residuais de controle prévio ou posterior, a cargo do Legislativo e do Executivo, tais como atuação das Comissões de Constituição e Justiça, nos Paramentos; vetos do Chefe do Executivo; etc.

pedra angular um aspecto que já se encontrava em Benjamin Constant, embora seja parte pouco percebida de sua teoria a ideia de um poder preservador. Nas palavras do teórico alemão:

O chefe de Estado em semelhante Constituição representa a *continuidade* e a *permanência* da unidade estatal e de seu funcionamento uniforme, transcendendo as competências a ele atribuídas, e que, por motivos da continuidade, da reputação moral e da confiança geral, tem que ter um tipo especial de autoridade, a qual faz parte da vida de cada Estado, assim como o poder e poder de comando que se tornam diariamente ativos. Isso é de especial interesse para a teoria do poder neutro, porque a função peculiar do terceiro neutro não consiste em atividade contínua de comando e regulamentar, mas primeiramente, apenas intermediária, defensora e reguladora, e só é ativa em caso de emergência e, ademais, porque ela não deve concorrer com os outros poderes no sentido de uma expansão do próprio poder. (Schmitt, 2007:199-200)

Acentua ainda Schmitt que a independência dos juízes não os torna titulares da correta volição política, mas de estabelecer uma esfera de justiça vinculada à lei em um dado ordenamento estatal. É preciso não confundir, em uma visão decisionista, neutralidade, despolitização partidária e despolitização, confusão que no mais das vezes é feita. Assim, na análise da independência do “funcionário público”, faz-se necessário identificar se dela decorre uma proteção contra a volição política (postura defensiva e negativa) ou uma participação positiva autônoma na determinação ou influência dessa volição. E arremata:

Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política, um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações, se onere e coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar desse conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema constitucional. Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich. (Schmitt, 2007:232-233)

Uma outra matriz teórica afeta ao tema, esta prevalente nos modelos jurisdicionais ocidentais, tem como principal defensor Hans Kelsen, que colaborou na elaboração da Constituição austríaca de 1920. Dois pontos são de máxima relevância na defesa de um Tribunal Constitucional como verdadeiro guardião da Constituição. Em primeiro lugar, Kelsen, diferentemente de Schmitt, não acentua a distinção entre funções jurisdicional e política, defendendo que a solução judicial de conflitos e as sentenças delas decorrentes possuem tanto natureza jurídica quanto política, ou, antes, há um componente decisório no sentido de poder. Por outro lado, a função política por excelência da Constituição é a limitação de poderes, razão pela qual melhor ficaria a sua guarda em mãos que, de alguma maneira, não exerçam proximidade umbilical com o poder político, como é o caso dos Chefes de Estado. Ademais, nada obsta que a composição de um Tribunal Constitucional possa se dar a partir de mecanismos democráticos (Kelsen, 2007:181-251).

Ao que tudo leva a indicar, quando surgiu na doutrina norte-americana a figura do *Judicial Review*, não houve intenção precípua de fragilizar a possibilidade de um Tribunal Constitucional. Assim, dessa prática norte-americana bebeu Kelsen para a construção de sua tese. É oportuno salientar, então, em relação a esta segunda matriz, que

a mudança estrutural do Direito fez surgir, portanto, como uma decorrência natural, uma instituição que pudesse ser capaz de mantê-la íntegra e assegurar sua nova conformação. Dois são os fatores a serem considerados aqui. (i) A extensão do império do Direito para um campo anteriormente ocupado pela política com exclusividade. (ii) A complexidade crescente dos sistemas jurídicos, demandando um órgão especial capaz de realizar o reconhecimento das fontes do Direito e a verificação da adequabilidade de seus produtos. (Tavares, 2005:105)

Dentro do contexto analisado, considerando-se a Constituição como um contrato de longo prazo, aflora das próprias entranhas do controle judicial de constitucionalidade a ideia de um governo de juízes, meio que uma concretização tardia da República platônica, com o “rei-filósofo”, o juiz, assumido o inestimável papel de “Farol de Alexandria” para toda a plebe ignorante necessitada de luzes. Esse é um ponto sempre recorrente, de uma ou de outra forma, em relação ao tema. Há, entretanto, as mais variadas razões apresentadas para a justificação

da superioridade do controle judicial da Constituição, não sendo o cerne deste trabalho, como já se disse, a defesa deste ou daquele modelo jurisdicional. Há posturas, inclusive, ainda que preocupadas com o acesso à justiça, absolutamente pragmáticas ou consequencialistas, a saber:

Si consideramos a la Constitución con un contrato de largo plazo y los jueces como la estructura de gobierno de ese contrato, hay razones prácticas dentro del sistema de división de poderes que también fundamentan la expansión del ejercicio del control judicial de constitucionalidad. Estas razones están asociadas con la economía de los costos de transacción. Toda reforma de la legislación es muy costosa ya que requiere un número importante de transacciones dentro de la sociedad. Quien quiera cambiar la legislación o la regulamentación en general se ve obligado a crear ya sean organizaciones no gubernamentales especializadas sobre el tema, o influir en un partido político, o desarrollar un lobby público u oculto suficientemente eficaz para obtener su objetivo. Es por ello que resulta una tarea prohibitivamente costosa cambiar la legislación por quien se ve afectado por ella. En cambio iniciar una acción judicial es relativamente sencillo y con bajos costos de transacción, particularmente si existen los medios procesales adecuados. Un elemento a tener en cuenta es que el juez siempre tomaría una decisión ya que se excluye el silencio como respuesta, cambio frente a los poderes políticos solo existe el derecho constitucional de peticionar. (Sola, 2011:16/29)

Por fim, todo o tema ganha contornos de importância por existir uma discussão de fundo, viva, acerca do efetivo papel e importância da Constituição, aparentemente supérflua para a racionalidade prática que move os juízes em suas decisões. Uma maneira de salientar a importância da Constituição e do constitucionalismo, ainda que não infensa a críticas, especialmente por conta de certo ar romântico em seus contornos, é apresentada por MacCormick⁴, apoiado na autoridade de David Hume:

⁴ A obra de Neil MacCormick, mencionada por Carlos Santiago Nino, é *Constitutionalism and Democracy*, em *Aktuelle Probleme der Demokratie* (Viene, Internationals Jahrbuck fur Rechtsphilosophie, 1989).

El mundo contemporáneo revela una triste pluralidad de experimentos fallidos (de establecimiento de gobiernos democráticos) como así también algunos éxitos considerables, todos los cuales distan de ser perfectos. Pero si parece que la democracia opera sólo allí donde hay alguna forma de un orden constitucional bien establecido que se apoya en una tradición constitucional que tiene una vigencia importante, cuando ese orden constitucional utiliza la separación de poderes (por lo menos en lo que implica remover la adjudicación judicial de la arena democrática salvo en lo que hace al posible recurso de tribunales de jurados) y cuando la seguridad de, al menos, los derechos constitucionalmente derivados es firmemente mantenida. En este sentido, es constitucionalismo es un prerrequisito de la democracia [...] La democracia constitucional es tal vez una democracia imperfecta; ella reconoce bienes fundamentales que no derivan del concepto mismo de democracia e insiste en que el valor del procedimiento democrático de toma de decisiones debe ceder ante aquellos otros bienes. Es una democracia calificada, no una democracia pura y simple. Parece, sin embargo, ser la única concepción viable de la democracia. (MacCormick, 1989 apud Nino, 2002:46)

Como adiante se abordará, noutro tópico, os temas da supremacia das constituições e do controle de constitucionalidade resvalam questões outras, absolutamente interligadas entre si, como as da coordenação de poderes e do modelo de democracia que se deseja fortalecer em uma dada sociedade.

3 APORTES ESCLARECEDORES DA HISTÓRIA JURÍDICO-POLÍTICA NORTE-AMERICANA

Os debates sobre o *Judicial Review* deitam raízes na história constitucional do ocidente, especialmente no contexto norte-americano, porquanto naquele país identifique-se o berço desse instituto que vai sendo consagrado por meio dos tempos. Ainda em pleno século XVIII identificam-se os primeiros imbróglis envolvendo o tema, pois que:

Los cuestionamientos al judicial review comenzaron pocos años después de aprobada la Constitución de 1787, cuando el poder judicial federal quedó en medio de la disputa política

suscitada entre Republicanos y Federalistas durante la primera presidencia de Thomas Jefferson (1801-1805). Éste lideró un duro embate contra el poder judicial federal que derivó en los procesos de remoción del juez federal John Pickering y del Justice Samuel Chase, único integrante de la Corte Suprema estadounidense que fue sometido a juicio político. Pickering fue removido a comienzo de 1804. Chase resultó finalmente absuelto. (García-Mansilla, 2008:8/41)

A rigor, o que há em pauta, imbricado com o tema específico do controle de constitucionalidade, são as próprias agruras políticas, sociais e jurídicas que compuseram o ambiente de nascimento dos Estados Unidos, enquanto estado nacional soberano. Os acirrados debates entre republicanos e federalistas, no alvorecer do direito constitucional norte-americano, é pano de fundo sempre presente de forma marcante. Naquele ambiente estava em permanente discussão o modelo de democracia que se pretendia erigir, cuidando-se de evitar, ao menos na ótica de James Madison, um modelo demagógico e asfíxiante de democracia das maiorias, com mecanismos frágeis de controle do poder do Estado. Temendo, assim, o domínio passional de facções particulares no contexto de uma suposta democracia pura, Madison enfatiza no Federalista nº 10 o seguinte:

The two great points of difference between a democracy and a republic are: first, the delegation of the government, in the latter, to a small number of citizens elected by the rest; secondly, the greater number of citizens, and great sphere of country, over which the latter may be extended. The effect of the first difference is, on the one hand, to refine and enlarge the public views, by passing them through the medium of a chosen body of citizens, whose wisdom may best discern the true interest of their country, and whose patriotism and love of justice will be least likely to sacrifice it to temporary or partial considerations. Under such a regulation, it may well happen that the public voice, pronounced by the representatives of the people, will be more consonant to the public good than if pronounced by the people themselves, convened for the purpose. On the other hand, the effect may be inverted. Men of factious tempers, of local prejudices, or of sinister designs may, by intrigue, by corruption, or by other means, first obtain the suffrages, and then betray

the interests, of the people. (Hamilton; Madison; Jay, 1994:51-52)

Como se pode perceber, era a própria alma política e jurídica norte-americana que se encontrava em gestação naqueles turbulentos anos, tendo sido Madison, sem sombra de dúvida, o principal ideólogo da Convenção e, talvez, o maior responsável intelectual pela Constituição de 1787. Também decorre desse contexto histórico que “não era de se estranhar que toda a artilharia teórica da Convenção Federal se orientasse a erigir controles sobre o poder. A grande ‘criação’ dos convencionais consistiu, por isso, no sistema de freios e contrapesos” (Gargarella, 2006:176). A abordagem que se faz neste artigo sobre o aspecto pontual do *Judicial Review* naturalmente perpassa tais questões: modelo de democracia, coordenação de poderes, “freios e contrapesos”.

Ainda que tenha se tornado quase que lugar comum a identificação do controle judicial de constitucionalidade como invenção de John Marshall, no famoso caso “*Marbury v. Madison*”, há indicações seguras de sua existência antes disso, inclusive tendo os *Founding Fathers* norte-americanos considerado esse controle como uma das principais atribuições do Poder Judiciário federal na Constituição de Filadélfia. A rigor, Marshall protagonizou uma célebre questão em um ambiente dominado por esse clima. A discussão, entretanto, acerca da prerrogativa de os juízes declararem inconstitucionais leis aprovadas pelo Congresso, possui as suas origens a partir do caso “*Marbury v. Madison*” (García-Mansilla, 2008:09/41).

Mencionado também por García-Mansilla há o caso “*Dred Scott v. Sanford*”, fortemente questionado pelo Presidente Lincoln, que, em discurso realizado no Congresso, em 4 de março de 1861, afirmou:

No me olvido de la posición asumida por algunos respecto a que las cuestiones constitucionales deben ser decididas por la Corte Suprema. Tampoco niego que esas decisiones son obligatorias, en cada caso, para las partes del proceso, respecto del objeto de ese proceso y merecen un muy alto respeto y consideración en todos los casos similares por los otros departamentos de gobierno [...] Al mismo tiempo, el ciudadano común debe confesar que si la política de gobierno respecto a cuestiones vitales, que afectan a todo el pueblo, va a ser fijada irrevocablemente por decisiones de la Corte Suprema, en el instante en que son emitidas en litigios comunes entre

partes actuando en causa propia, el pueblo habrá dejado de ser soberano e habrá resignado prácticamente su gobierno en las manos de ese eminente tribunal. (2008:10-11/41)

Em fins do século XIX, James Bradley Thayer produziu um dos mais relevantes trabalhos acadêmicos sobre o tema no contexto norte-americano, enfatizando que a Suprema Corte deveria atuar de maneira distinta quando estivessem em questão decisões emanadas de Poderes Públicos. Nesses casos deveria prevalecer uma esmerada prudência dos juízes ao exercer o *Judicial Review*. Também preconizou Thayer a regra do *clear mistake*, segundo a qual um erro simples dos poderes políticos no exercício de suas atribuições não era suficiente para a declaração de inconstitucionalidade. Ou, antes, o *Judicial Review* só era justificável em situações realmente graves e complexas. Registre-se que alguns juízes da Suprema Corte, como Oliver Wendell Holmes, aderiram à postura minimalista do Poder Judiciário proposta por Thayer (García-Mansilla, 2008:11-12/41).

Ao longo do século XX, outras tantas questões afetas ao tema surgiram na realidade norte-americana, cabendo destaque a mais uma delas, ocorrida em fins da década de 50, no debate Hand-Wechsler. Durante as festejadas *Holmes Lectures*, de Harvard, em 1957, o Professor Learned Hand⁵ afirmou, de maneira peremptória, que o texto constitucional norte-americano não autorizava o *Judicial Review* nem mesmo à Suprema Corte, nem que os Poderes Executivo e Legislativo deviam se submeter a tais decisões judiciais. Disse ainda que “*el control judicial de constitucionalidad no podía justificarse como una deducción lógica de la estructura constitucional, sino como una condición práctica para su funcionamiento exitoso*” (Hand, 1958 *apud* García-Mansilla, 2008: 14-12/41).

A resposta veio no ano seguinte pela pena do Professor Herbert Wechsler⁶, da Universidade de Colúmbia. Foi feita a defesa do *Judicial Review* e a sua compatibilidade com o texto constitucional. Para Wechsler, não havia previsão de liberdade aos juízes para se absterem de enfrentar casos envolvendo decisões do Poder Executivo ou Legislativo. Essa abstenção só estaria garantida se proviesse da própria Constituição, de maneira expressa, o que não era o caso. Para evitar que os juízes atuassem como uma terceira instância legislativa,

⁵ O livro de Learned Hand, mencionado por García-Mansilla, é *The Bill of Rights* (Harvard University Press, Cambridge, 1958).

⁶ O texto de Herbert Wechsler, mencionado por García-Mansilla, é “*Toward Neutral Principles of Constitutional Law*”, em *Harvard Law Review* (t. 73, 1959).

Wechsler preconizava algo sem o menor sentido real, ou seja, propunha uma regra de viés ideológico, ou uma boa intenção de vontade, mais que qualquer outra coisa:

Los jueces actuaran aplicando principios valorativos neutrales, fundando sus decisiones en razones respecto de todos los aspectos del caso, razones que en su generalidad e neutralidad debían trascender cualquier resultado inmediato que se encuentre en juego en la decisión judicial. (Wechsler, 1959 apud García-Mansilla, 2008:15-12/41)

Para concluir este brevíssimo passeio histórico, apresentado apenas como suporte para a tese que se pretende esboçar adiante, cabe registrar uma posição crítica mais recente, ainda no contexto do debate norte-americano sobre o *Judicial Review*, de Jeremy Waldron, que admite o mencionado controle apenas quando certas características estruturais da organização estatal e do desenvolvimento político de uma dada sociedade não se fazem presentes. Enfatiza o professor neozelandês o seguinte:

To focus my argument, and to distinguish the core case in which the objection to judicial review is at its clearest from non-core cases in which judicial review might be deemed appropriate as an anomalous provision to deal with special pathologies, I shall set out some assumptions. [...] Let me lay out in summary the four assumptions I shall make. We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a non representative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights. (Waldron, 2006:1359-1360)

Os extratos da evolução da história constitucional norte-americana aqui apresentados abrem espaço para criar condições de contextualização acerca do tema ora discutido. Percebe-se que o debate sobre o papel do *Judicial Review* possui uma dimensão histórica, avançando no tempo ao longo destes últimos pouco mais de duzentos anos. É curioso observar que algumas questões afetas ao tema são reiteradas, sinalizando quase que para um persistente retorno, como a discussão acerca da legitimidade dos juízes para efetivarem o controle de constitucionalidade em um dado ordenamento jurídico-normativo.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA E ATIVISMO JUDICIAL - RELAÇÕES COM O JUDICIAL REVIEW

Ainda que sejam tratados muitas vezes como o mesmo fenômeno, a judicialização e o ativismo judicial são realidades distintas que não possuem as mesmas causas imediatas. No que afeta à judicialização da vida, o que se apresenta é uma inclinação crescente no sentido de que relevantes questões sociais e políticas de uma dada sociedade sejam decididas pelo Poder Judiciário, em detrimento do Executivo e do Legislativo enquanto instâncias políticas. Já o ativismo judicial se apresenta como uma inclinação à participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação de valores e fins constitucionais, também, de certa maneira, com a ocupação de espaço dos demais poderes. Percebe-se que, não obstante se apresentem como realidades muito próximas, encontramos diante de fenômenos ligeiramente distintos (Barroso, 2008:2-6/19).

O Professor Luís Roberto Barroso, em texto específico sobre o tema, indica que, ao lado de existirem tendências mundiais voltadas ao fenômeno da judicialização, há também causas específicas afetas à realidade brasileira. Três delas podem ser mencionadas como mais significativas: a redemocratização do país a partir de 1985; a constitucionalização abrangente, ou seja, a introdução no texto constitucional das mais variadas matérias antes tratadas pelo processo político ou pela legislação infraconstitucional; o próprio sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, dos mais alargados do mundo, porquanto se apresenta como sistema eclético de atuação incidental e concentrada. Já em relação ao ativismo judicial, que se apresenta como uma atitude proativa do Judiciário em face da Constituição, as causas mais marcantes são a existência de um controle judicial de constitucionalidade prescrito no ordenamento jurídico brasileiro e uma certa omissão dos demais poderes em face das inúmeras demandas, especialmente afetas a normas constitucionais de natureza programática, da sociedade brasileira (Barroso, 2008:2-10/19).

Não resta dúvida de que, em relação ao ativismo judicial reinante na nossa experiência jurídica mais recente, entrelaçado com postulados de um certo neoconstitucionalismo, há uma marcante influência do predomínio de posturas solipsistas no Judiciário brasileiro. Trata-se de uma persistente dificuldade de superação de modelos afetos à filosofia da consciência, com a manutenção automática das clássicas relações entre o sujeito e o objeto, com foco em um dos dois polos da relação. Enfim, para a maioria dos juízes brasileiros, mergulhados consciente ou inconscientemente no fatídico capítulo VIII, da Teoria Pura de Kelsen, decidir é ato de vontade e pronto.

Identifica-se, assim, como causa dos dois fenômenos mencionados, ainda que não sejam causas exclusivas, a figura do *Judicial Review*, que, como apresentado, possui as suas origens históricas na realidade constitucional norte-americana. Pode-se falar, então, de certa relação entre os fenômenos, que são distintos, mas que se tocam no dia a dia das operações jurídico-constitucionais. De forma quase que necessária, a imbricação desses fenômenos carrega consigo outro tema, o da separação de poderes e eventual ocupação de espaço de uns pelos outros. Ademais, em uma certa linha de raciocínio que adiante será enfrentada, a questão muitas vezes se coloca em termos de maior ou menor legitimidade deste ou daquele poder para a efetivação do Direito⁷ em um dado Estado que se apresente como democrático.

Ao lado da judicialização da política, tendência do mundo ocidental desde o final da Segunda Guerra, ganha corpo nas discussões teóricas sobre o tema o fenômeno da politização da justiça. No limite, discute-se acerca do efetivo papel do legislador (função eminentemente política) e a usurpação desse papel pelos magistrados, ainda que sob a justificativa de atuação meramente negativa. Isso perpassa assuntos como o da efetivação de decisões de repercussão geral, versando sobre direitos e garantias fundamentais, sendo concretizadas por uma dezena de mentes iluminadas, em detrimento da leitura de mundo de um conjunto maior de atores representativo de tendências mais amplas da própria sociedade. A propósito da complexidade do tema, valem as seguintes palavras:

A síntese entre político e jurídico é possível em duas diferentes dimensões. Em uma primeira ocorrência, tem-se, na realidade, uma noção extremamente lata da política, pelo que algumas das funções estariam também

⁷ Direito aqui apresentado em um sentido amplo, ou seja, não apenas no sentido clássico da jurisdição civil, mas no sentido de efetivação de normas programáticas e de políticas públicas delas decorrentes.

inseridas nesse contexto (além da vertente jurídica). Essa possibilidade, contudo, é apenas um problema terminológico e não revela a essência da questão. A segunda ocorrência hipoteticamente cogitável é aquela em que apesar de jurídica, a atuação do Tribunal Constitucional pode estar penetrada por traços marcadamente políticos, na acepção própria e estrita desse vocábulo. Tal ocorrência significaria a corruptela da atividade jurídica na exata medida dos pontos materiais preenchidos por aquela abordagem. [...] As possibilidades políticas de decisão, como visto, ou lhe são externas, ou se esvaem em aspectos meramente terminológicos. Do contrário, a combinação entre político (partidário/arbitrário) e jurídico significaria a ruína (ou ao menos uma forte debilitação) deste último. (Tavares, 2005:487)

No bojo de todo o tema encontra-se o controle das políticas públicas, com a devida delimitação do que é matéria constitucional e do que é matéria afeta ao processo político. Na busca de se efetivar uma supremacia constitucional, não se pode correr o risco de efetivação de uma extravagante hegemonia judicial, se esse não for o intento da sociedade. Uma constitucionalização exacerbada pode trazer junto, como subproduto, consequências indesejadas⁸, como o esvaziamento do poder das majorias (de natureza política) e o fortalecimento do decisionismo judicial (de natureza metodológica). Alerta-se para o fato de que juízes e Tribunais necessitam adotar certo rigor dogmático, especialmente no que afeta à utilização de normas com conceitos jurídicos indeterminados e com conteúdo fluido. A utilização excessiva da discricionariedade judicial, mormente nos *hard cases*, pode trazer sérios riscos a valores indispensáveis ao direito, como segurança e justiça (Barroso, 2010:383-395).

No centro da questão dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial encontra-se a figura do magistrado, aquele que, em último sentido, profere a decisão. Na condição de intérprete privilegiado do texto normativo e da norma, porquanto de sua atuação brote uma consequência jurídica que

⁸ Chamo-as de indesejadas, e não de negativas, pois o ponto central da questão não seria a discussão valorativa (bom ou ruim), mas a identificação do claro interesse da sociedade, que pode conscientemente preferir uma democracia menos majoritária e um decisionismo judicial mais alargado.

se abate sobre os mortais comuns, aos magistrados, como de resto a todos os operadores do Direito, cabe o seguinte alerta:

Nunca é demais repetir que há limites no processo hermenêutico. Ao contrário do que pensam alguns doutrinadores, o processo de atribuição de sentido não é arbitrário, “segundo as íntimas convicções do intérprete”. Que norma e texto são coisas diferentes, não é novidade. Mas isto nem de longe pode significar que o intérprete esteja autorizado a atribuir sentidos arbitrariamente, sob os ventos do pragmatismo ou de eventuais “sentimentos do justo”. Nunca é demais trazer a lição de Gadamer: se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto lhe diga algo. O problema é que, às vezes, os textos jurídicos nos dizem coisas das quais não gostamos. (Streck, [s.d.]:6/21)

E há mais um aspecto a ser realçado em relação ao tema do decisionismo. Em uma questão que envolveu o confisco de ativos de cidadãos britânicos na região do canal de Suez, após a crise de 1956 (*Anisminic v. Foreign Compensation Commission*), Neil MacCormick argumenta:

O caso *Anisminic* foi uma referência nesse desenvolvimento. Para que a empresa tivesse sucesso no caso, foi necessário argumentar não somente que a Comissão cometeu um erro jurídico ao rejeitar o pleito da empresa, mas também que o erro foi de tal tipo que tornou inefetiva a proteção conferida pela disposição restritiva às “determinações” da Comissão. De acordo com a jurisprudência administrativa prevalecente, essa tese requeria que o erro tivesse sido de tal ordem que retirasse da decisão da Comissão qualquer efeito jurídico válido, tornando-a juridicamente nula, incompatível com qualquer “determinação” válida. O juiz de primeira instância na Corte Superior decidiu que a *Anisminic* produziu um argumento nesse sentido; a Corte de Apelação entendeu que não, e reverteu o julgamento de primeira instância. No recurso final, a Câmara dos Lordes revogou a decisão da Corte

de Apelação e reafirmou o julgamento de primeira instância. (MacCormick, 2008:347)

E arremata o jurisfilósofo escocês, tomando por base o caso mencionado, em relação ao acerto ou erro das decisões judiciais:

A tensão entre decisionismo e erros judiciais é posta de maneira acentuada por duas justificativas conflitantes para duas decisões opostas na mesma questão, proferidas respectivamente por Lord Diplock e Lord Reid, dois dos mais influentes juizes do século XX. [...] Lord Diplock parte da tese inegável de que respostas a problemas jurídicos são questões de opinião. Ele extrai desta tese a conclusão e que respostas não podem ser sujeitas a nenhum parâmetro absoluto de certo e de errado. Assim, para fins jurídicos, segundo Lord Diplock, o que é “correto” – e ele coloca correto entre aspas – pode ser definido apenas em termos da autoridade da opinião da pessoa, sendo que se entende autoridade, por sua vez, em função da probabilidade de os órgãos executivos agirem em resposta a afirmações decisivas de opinião. [...] Em contraste, a opinião de Lord Reid conserva a distinção entre o conceito de validade de uma decisão e o de correção ou incorreção da decisão dada. Lord Reid vislumbra que há vários modos ou formas de erro na tomada de decisão (ele dá uma extensa lista desses modos), e que alguns daqueles se referem à validade de uma decisão, enquanto outros não. [...] Podemos observar, portanto, que esta é uma concepção de correção independente da autoridade. [...] Deve ter ficado óbvia agora a relação desse contraste de teses com o título do presente capítulo: é possível que os juizes julguem incorretamente? Aqui temos dois juizes apresentando visões mutuamente contraditórias sobre a mesma questão. Disso decorre, pelo princípio do terceiro excluído, que ambos não podem estar certos, e daí que pelo menos um está errado. (MacCormick, 2008:347-349)

Esses questionamentos, a partir de posicionamentos críticos de juízes ingleses sobre o ato de decidir, embora pouco comuns nos textos das sentenças e dos acórdãos dos magistrados e das cortes brasileiros, compõem naturalmente um mosaico teórico diretamente associado a temas como o do controle judicial de constitucionalidade, o da judicialização do político e o do ativismo judicial.

5 LEGITIMIDADE - CONCEITO DE DIFÍCIL APREENSÃO

Tanto no âmbito da Ciência Política quanto no campo do Direito o conceito de legitimidade vez por outra se faz presente, de alguma forma associado à ideia de um determinado tipo ou expressão de poder. Esse conceito, entretanto, não se apresenta com certa dose de objetividade e clareza, gerando dificuldades para o seu manejo teórico.

Em um trabalho que trata da legitimidade no Direito, com suporte no pensamento de Hannah Arendt, o Professor João Maurício Adeodato, quando da apresentação do problema que pretendia enfrentar, já sinalizou para o fato de que lidaria com vários conceitos de legitimidade, o que dificultaria o enfrentamento da questão. Ademais, salientou o autor que alguns desses conceitos eram discrepantes e mesmo em oposição explícita de uns em relação a outros. Assim, a aproximação de um conceito inicial identifica a legitimidade como uma qualidade atribuída ao poder, não podendo um conceito ser tomado por outro, nem a legitimidade é um corolário essencial do poder. Enfim,

é possível um poder puro e simples, sem legitimidade, pelos menos temporariamente. Ao mesmo tempo, a legitimidade traz uma conotação de desejabilidade, é positivamente valiosa em relação ao poder, isto é, o poder legítimo é preferível ao ilegítimo. [...] O tema da legitimidade é tão polêmico e discutível que, em um mesmo volume, diante de uma mesma questão - sobre o papel da legitimidade para o pensamento político moderno - dois autores fornecem respostas não só diferentes, o que seria normal, mas francamente contraditórias: enquanto Bobbio entende que a legitimidade passa a assunto fundamental para a política com a doutrina de Max Weber (muito embora afirme que a legitimidade raramente é problema central mesmo em autores pós-weberianos), Cotta admite que a legitimidade se incorpora à reflexão política

ocidental desde a Grécia antiga e, ao contrário, diminui de importância na época moderna pela extraordinária ascensão da legalidade. (Adeodato, 1989:19-22)

A propósito da referência a Weber, vale lembrar o seu estudo sobre os tipos de dominação e sobre as formas de legitimidade, marcante no universo da Sociologia ao longo dos últimos cem anos. É significativa, inclusive, mesmo para outros campos do conhecimento, a identificação feita da dominação legal (uma das três formas legítimas de exercício do poder) com a necessidade de uma estrutura de administração burocrática. Acentua o sociólogo alemão, e isto é de veras importante para a compreensão do tema, que:

la "legitimidad" de una dominación debe considerarse sólo como una probabilidad, la de ser tratada prácticamente como tal y mantenida en una proporción importante. Ni con mucho ocurre que la obediencia a una dominación este orientada primariamente (ni siquiera siempre) por la creencia en su legitimidade. (Weber, 1998: 171)

Em uma perspectiva filosófica acerca da questão da legitimidade, sempre em busca de uma melhor delimitação do conceito, adentramos em uma inevitável seara de justificação e de apresentação de valores do poder legal. Assim, em um contexto de existência de bases legais para o exercício do poder – em sentido lato –, ao que tudo leva a crer também se identifica como desejável, conforme se mencionou antes, a existência de padrões de legitimidade sustentando o exercício desse poder. Nesse sentido, e para os fins deste artigo, merecem atenção as ideias que seguem:

Do ponto de vista filosófico, a legitimidade repousa no plano das crenças pessoais, no terreno das convicções individuais de sabor ideológico, das valorações subjetivas, dos critérios axiológicos variáveis segundo as pessoas, tomando os contornos de uma máxima de caráter absoluto, de princípio inabalável, fundado em noção puramente metafísica que se venha a eleger por base do poder. [...] A legitimidade assim considerada não responde aos fatos, à ordem estabelecida, aos dados correntes da vida política e social, segundo o mecanismo em que estes se desenrolam – o que seria já do âmbito da legalidade – mas inquire acerca dos

preceitos fundamentais que justificam ou invalidam a existência do título e do exercício do poder, da regra moral, mediante a qual se há de mover o poder dos governantes para receber e merecer o assentimento dos governados. (Bonavides, 1996:115)

Ainda que se perceba a importância do tema para o exercício do poder político, reafirmada pelos mais variados pensadores, em termos como “o problema da legitimidade é basilar na ciência política. Sem ele, as instituições não teriam consistência nem duração; seriam como aquelas cidades dos pescadores de Sumatra, flutuando sobre as ondas” (Cunha, 2005:289), ainda assim o que se percebe é uma fluidez do conceito, um alargamento demasiado do tema, abrindo brecha para posicionamentos muito variados e até, como se indicou, conflitantes. Essa percepção gera dificuldades de se manejar o conceito com algum grau de segurança, especialmente quando se deseja estabelecer a fundamentação de alguma tese a partir dele.

De alguma maneira o que se encontra em foco, também, ao menos em face da temática deste artigo, é o quadro de relação entre o Direito e o Estado, já que a questão da legitimidade, bastante atrelada ao exercício do poder político na modernidade, nos põe em contato inevitável com a ideia de Estado. Sobre o tema convém salientar, ainda que de forma muito ligeira, as posições de Hans Kelsen e de Max Weber, ambos integrantes, cada um ao seu modo, da corrente do positivismo jurídico. Não obstante aqui e ali sobressair a tese de que esses autores assumem posições divergentes sobre a mencionada relação, são oportunas as lições esclarecedoras de Bobbio:

Certamente, em Weber, os conceitos de Direito e de Estado remetem um ao outro, embora não se reduzam um ao outro. O termo comum a ambos é “*coação*”, termo que tem lugar central na teoria kelseniana. O conceito de coação tem uma parte importante, essencial, tanto na definição de Direito, enquanto serve para distinguir o Direito da convenção, quanto na definição de Estado, enquanto serve para distinguir o Estado como grupo político da Igreja, por exemplo, como grupo hierocrático. [...] A identificação do Estado com o Direito num determinado território é um fenômeno característico do Estado moderno, ou seja, um fato histórico. [...] Quem tiver alguma familiaridade com o pensamento

kelseniano não demora a perceber a conexão bem estreita entre a teoria weberiana e kelseniana do direito e do Estado quanto à impositação geral, à posição central do conceito de coação, e à definição meramente estrutural do Direito e do Estado, quanto à recusa de qualquer referência aos fins. (Bobbio, 2008:233-234)

Eis que da relação entre Estado e Direito, ou, ainda, da aproximação entre poder e ambiente jurídico-normativo, ganham corpo, na modernidade, discussões sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade. Há no entorno da questão um dado dilema, já sugerido noutra parte do texto. Afinal, ou não há controle algum, e o legislador ordinário pode modificar a Constituição ao seu bel prazer, não cabendo sinalizar para a sua supremacia, ou há algum mecanismo de controle, e quem o exerce assume relevante papel na estrutura do Direito, e do Estado, usurpando parcela do poder político, com o natural esvaziamento do papel de outros atores sociais. Busca-se superar tal dilema inserindo-se na reflexão o tema da legitimidade e da sua relação com modelos de democracia (Hamon; Troper; Burdeau, 2005:59).

A zona sombria acerca do tema da legitimidade, entretanto, permanece quase que inalterada. Em não havendo um conceito objetivo que sinalize para uma ideia clara, abundam as dificuldades de se utilizar o mencionado conceito. Afinal de contas, o que significa dizer, de forma segura, que um determinado órgão do Estado detém maior legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade? Talvez a questão recorrente seja de mera preferência, ou de puro viés ideológico, caso o mote seja o da legitimidade. Se considerarmos ainda que essa ideia se aproxima da de justiça, em um sentido lato, a complexidade de apreensão do tema cresce ainda mais.

Dizer que uma dada opção em termos de estrutura de funcionamento do Estado é menos legítima do que outra, como bastante se diz em relação ao *Judicial Review*, é um pouco como andar em círculos, repetindo que esse ou aquele modelo é melhor, é mais justo, etc. Não se consegue estabelecer uma conexão de conceitos que seja segura, mesmo que para fulminá-la com um contraponto crítico radical. Ademais, já é um tanto quanto saliente, nos estudos de Filosofia do Direito, a complexidade da ideia de justiça. Mesmo sendo ideias marcantes, as de legitimidade e de justiça, que não podem ser abandonadas a partir de uma postura minimalista, mas o seu manejo requer a presença de algumas balizas de segurança conceitual. Com Weinberger pode-se atentar para o seguinte fato:

Sono dell'opinione che nessuno sappia in maniera oggettiva e definitiva – oppure possa dimostrare – ciò che è giusto. Sono però al tempo stesso convinto che si possa argomentare razionalmente sui problemi della giustizia, e mi pare che si possa talvolta – almeno relativamente a certe premesse assai palusibili – provare che qualcosa è ingiusto. (Weinberger, 1990:238)

Enfim, e mais uma vez, dizer da ilegitimidade de algo, ou do seu caráter mais ou menos justo, ainda que nos remeta ao campo de uma argumentação forte, porquanto sinalize para o desejável, no fundo não passa de viés dominado por uma postura amplamente valorativa, muito próxima do espaço da ideologia, o que, como se disse, dificulta a compreensão de um determinado tema.

6 COORDENAÇÃO DE PODERES E DEMOCRACIA

Ao que tudo leva a crer pelo exposto até aqui, qualquer discussão mais acurada acerca da forma de controle de constitucionalidade a ser adotada em um dado Estado Democrático, com regular funcionamento de suas instituições, não estaria bem ancorada no tema da legitimidade, especialmente em face da largueza e vaguidade do conceito. Mais prudente será a identificação de um outro horizonte de análise, capaz de propiciar respostas mais seguras, ainda que não necessariamente incontroversas.

Nesse sentido, alguma discussão acerca da divisão de poderes e do modelo de democracia que se pretende instaurar em uma dada sociedade parece ser mais relevante ao tema do *Judicial Review*. Afinal, partindo do pressuposto de que os cidadãos politicamente conscientes possuem relevante papel em uma sociedade efetivamente democrática, é de se imaginar que a esses cidadãos cabe a definição do tipo de democracia⁹ em que desejam viver e, por via de consequência, como os poderes do Estado devem se articular tendo em vista o fim almejado.

Na análise preliminar do que seja o poder do Estado, pode-se indicar, amparado na boa doutrina, alguns traços que lhe são afetos. Trata-se, pois, de um poder que possui imperatividade e que ostenta natureza integrativa. Por sua vez, apresenta ainda, esse poder, a capacidade de autoorganização, e possui

⁹ Pode-se perfeitamente assimilar a ideia de que o conceito de democracia também é difuso e que, na prática cotidiana dos Estados, esse regime pode assumir matizes distintas em relação a muitos aspectos que não sejam substanciais ao modelo.

um traço nítido de unidade e de indivisibilidade. É também um poder soberano, tanto ao nível interno como na relação com os demais Estados. Sobre os temas da legitimidade e da legalidade, há autores que indicam tais características como inerentes ao poder estatal, mas há outros que não percebem tais traços como os seus elementos característicos (Bonavides, 1996:106-110).

Na base da discussão acerca da teoria da divisão de poderes encontra-se o tema das funções do Estado. Grosso modo, dois são os sentidos atrelados a essas funções: finalidade correspondente a necessidades sociais e atividade com características próprias. O primeiro sentido naturalmente aproxima a sociedade do Estado, porquanto este se apresente enquanto comunidade, o que necessariamente não ocorre com o segundo sentido, que nada mais é do que expressão específica do poder político. Em meio a contribuições teóricas, produzidas ao longo dos séculos, desde o pensamento filosófico grego clássico até os últimos cem anos, pode-se identificar, com certa margem de segurança, três funções essenciais ao Estado, quais sejam, a política, a administrativa e a jurisdicional. Pode-se, inclusive, distinguir na função política a subfunção legislativa e a subfunção governativa *stricto sensu* (Miranda, 2005:230-241).

Saltando das funções do Estado para a separação dos poderes, que operacionalizam tais funções, cabe registrar que a primeira grande contribuição, com perfil mais elaborado, coube a John Locke. Sobre o papel do pensador inglês acerca do tema vale o registro:

Com todas as suas limitações, o esquema de relação entre poderes estabelecido por John Locke pressupõe um progresso substancial a respeito das reflexões que o precederam. Apesar de suas indecisões, confusões e lacunas, perceptíveis sobretudo no espaço de ligação entre separação *funcional* e separação *orgânica*, e apesar da ausência de um esquema para resolver os conflitos que possam se apresentar entre os órgãos (poderes) do Estado, a contribuição de Locke traz também, neste âmbito, elementos de teoria política que no futuro irão centralizar uma boa parte das polêmicas que a progressiva construção do Estado liberal gerará. (Valdés, 2011:29)

Desse ponto em diante, o movimento que assume papel fundamental em relação à questão é o da passagem da separação de poderes para o da

coordenação de poderes, e nesse campo o papel do barão de Montesquieu, ao tratar da Constituição¹⁰ da Inglaterra, até hoje é encarado como marcante. Tendo em vista o foco na ideia de liberdade, apresentando-se esta como efetiva submissão do cidadão à lei (e não ao arbítrio do governante), necessário se faz, segundo Montesquieu, algum mecanismo de distribuição dos poderes. O princípio da especialização e o seu corolário, da separação funcional e orgânica dos poderes, da maneira sucinta como foi apresentada no Espírito das Leis, foi alvo de diversas críticas. Abriu caminho, entretanto, o pensador francês, para o tema da coordenação de poderes, plasmado a partir do sistema de freios e contrapesos, essa a verdadeira doutrina constitucional de Montesquieu presente em sua obra célebre (Valdés, 2011:41-48).

Eis, pois, o cerne da questão objeto deste artigo: em um Estado, como devem os poderes se coordenar, a partir de estruturas de combinações de suas funções, de modo a garantir uma dada realidade democrática? Nesse contexto se encaixa também, por óbvio, a forma desejada de controle de constitucionalidade, se efetivada pelo Poder Judiciário, por uma corte judicial de natureza exclusivamente constitucional, por um conselho de Estado, pelo Parlamento, pelo Chefe de Estado, ou por uma combinação de alguns desses atores. Com certeza o foco da questão não será apenas o da organização estrutural estática do Estado, na perspectiva do exercício do poder político, mas, sobretudo, o do tipo de democracia¹¹ que a sociedade de forma consciente deseja.

A propósito dos debates acerca da democracia, que é uma ideia em permanente mutação, valem algumas ponderações de cunho mais filosófico:

O sistema político e social da atualidade faz com que o Estado tenha um conjunto de novas responsabilidades, que ultrapassam os limites definidos no quadro do estado liberal. [...] Existe, portanto, um novo tipo de regime democrático que se delineia, na medida em que os agentes do processo legislativo e de controle do poder acham-se cada vez mais disseminados pela estrutura social. Resta saber como e em que medida esse processo de democratização do processo decisório caminha de forma basicamente semelhante nos sistemas

¹⁰ Constituição em um sentido lato.

¹¹ Um regime democrático pautado na voz da maioria ou um modelo que também valoriza e protege valores da minoria.

políticos diversificados e entre os estados e organismos internacionais. [...] O modelo político-institucional que irá assegurar a democracia cosmopolita implica, por sua vez, numa reavaliação das formas políticas vigentes. [...] O problema central na construção da democracia cosmopolita reside no modelo político-institucional a ser estabelecido. (Barretto, 2010:225-226)

Enfim, o tema do controle de constitucionalidade está umbilicalmente atrelado ao arranjo dinâmico dos poderes, em um dado Estado, em sintonia com o modelo de democracia aí existente. O fato de vivenciarmos uma realidade jurídica decorrente de uma Constituição dirigente não descaracteriza a questão posta, porquanto algum eventual conflito entre esse tipo de Constituição e a democracia não é essencial. Quando se apresenta, o tema parece não estar bem posto. A qualidade da legislação supera em essencialidade a questão do dirigismo. Também não se deve perder de vista, em uma discussão sobre a democracia, especialmente no que afeta aos mecanismos de controle de poder (aí incluído o de constitucionalidade), que o processo eleitoral se apresenta como espécie de procedimento democrático, mas jamais pode ser encarado como o único (Oliveira, 2010:424-426).

A rigor, a questão posta comporta contemplar, de alguma forma, as duas noções de democracia e de controle de constitucionalidade enquanto tipos ideais, em uma perspectiva weberiana. Em relação à democracia, pode-se assumir uma posição mais restritiva ou mais ampla. Para a primeira acepção, o que vale é a democracia direta e o único poder é o do próprio povo. Fora disso, não há verdadeira democracia. Segundo a concepção mais ampla, os modelos representativos também podem ser democráticos, com mecanismos de garantia de vontade das minorias. Em relação aos mecanismos de controle, há de se ressaltar que nem toda lei é expressão da vontade geral e que a própria Constituição estabelece padrões de competência para o processo legislativo. Por outro lado, quando um magistrado diz que uma lei é inconstitucional, o que se afirma, longe de retirar o poder do Parlamento, é que para adotá-la é necessário fazer alguma reforma da Constituição, nos limites previstos pelo próprio texto constitucional. Enfim, no espaço existente entre esses tipos ideais de democracia e de controle de constitucionalidade, que não são realidades antagônicas, é que se pode estabelecer escolhas plausíveis em uma dada sociedade (Hamon; Troper; Burdeau, 2005:59-60).

7 ÚLTIMAS PALAVRAS

Admitindo-se, por alguma razão, a superioridade da Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico, é imperioso que se estabeleçam mecanismos efetivos de garantia dessa supremacia normativa. Como a produção e a interpretação normativas são experiências relevantes no Estado moderno, apresentando-se como estruturas vivas e, às vezes, geradoras de impasses até de natureza institucional, os mencionados mecanismos de controle precisam se estabelecer de modo a manter um mínimo de compatibilização com um consenso político mínimo da sociedade. Ou seja, em última instância, é a sociedade que precisa sinalizar para a organização de Estado desejada, apresentando este ou aquele arranjo entre os poderes. Ademais, a organização do Estado e o exercício do poder não são fins em si mesmos, mas meios para a efetivação de um ambiente democrático¹² que garanta o respeito cotidiano a direitos fundamentais de natureza individual e coletiva.

É fato que se torna desejável que as escolhas indicadas *supra* sejam produto de algum tipo de racionalidade, evitando-se movimentos centrados no irracionalismo e nas tendências passionais do ser humano. Afirme-se desde já que o tema da racionalidade não é apresentado em uma perspectiva dogmática e até ingênua, segundo a qual tudo pode ser iluminado pela razão e fora disso nada sobrevive com um mínimo de dignidade. Em uma tradição filosófica que remonta a Hume, há de se buscar conexões entre a afetividade e a razão. E mais, a racionalidade buscada para nortear as ações e as justificações apresenta-se como ambiente de possibilidade. Cabe uma reflexão sobre a seguinte postura de MacCormick:

Nor can I do other than express my revulsion from the prospect of a life of arbitrary moment by moment decisions, whether decisions of mine or of others affecting me and my fellow creatures. I shall certainly endeavour to prevent the imposition of any such mode of government. Consistency and coherence, the treating of like cases alike and different cases differently, are possibilities for us in our practical acting, reasoning, and deciding, just as consistency and coherence of thought, and the seeking of similar explanations for similar phenomena and different explanations for different

¹² Também o tipo desejado de democracia deve ser produto de algum consenso político mínimo da sociedade.

phenomena are possibilities for us in our attempts to understand explain and describe the natural universe. "Shall we pursue rationality? Shall we strive for consistency and coherence?" – these are open questions for us in matters both of practice and of speculation. (1994:268-269)

Nesse sentido, não parece razoável estabelecer um posicionamento crítico acerca de um dado modelo de controle de constitucionalidade amparado no tema da legitimidade, porquanto se trate, como anteriormente se mencionou, de conceito aberto, vago, de difícil apreensão. Considerando-se a realidade de um Estado Democrático de Direito, com regular funcionamento de suas instituições, o que realmente significaria dizer que o Poder Judiciário não tem legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade? Afora alguma carga valorativa da afirmação, de matiz ideológico, de fato não significa coisa alguma de consistente. Também afirmar que a ilegitimidade seria do Parlamento ou doutro órgão misto cai na mesma situação indicada. Na melhor das hipóteses, a utilização da ideia de legitimidade, para ser utilizada, teria que estar atrelada à delimitação clara da organização estatal, tendo em vista um dado modelo de democracia desejado. Nesse caso, a ilegitimidade teria relação direta não com algum sentido de justiça, mas com mera inadequação a uma dada realidade política previamente explicitada.

De forma muito sucinta é possível afirmar que se a experiência democrática desejada em uma sociedade valoriza o papel da minoria, parece razoável supor que o *Judicial Review* poderia cumprir tal papel. Por outro lado, se o desejável é uma democracia de massas, o controle poderia ser melhor exercido pelo Parlamento ou por algum órgão a ele ligado, representativo da vontade popular majoritária. Se admitimos que há um componente técnico essencial no Direito, para além das injunções políticas de momento, é razoável supor que juristas estariam mais habilitados a efetivar interpretações sistêmicas no âmbito do controle de constitucionalidade. Por outro lado, se entendemos que Direito é mera expressão de uma vontade contingente, se é manifestação política por excelência, se o seu componente técnico é meramente acidental, porquanto instrumental, então é razoável imaginar que o controle de constitucionalidade pode ser efetivado pela visão do cidadão comum, abrigado em algum órgão do Estado. Em um ou em outro modelo, entretanto, a ausência de alguma teoria da decisão, afastando nefastos voluntarismos, põe em grave risco a seriedade do Direito e, como consequência, a própria existência da democracia.

São essas questões que o artigo buscou levantar, em uma perspectiva um tanto panorâmica, mas com o firme propósito de acentuar que a utilização descontextualizada da ideia de legitimidade para fundamentar análises acerca do controle de constitucionalidade mais confunde do que esclarece. Afinal, dizer que um órgão é ilegítimo para dada função, considerando-se naturalmente que ele possua competência constitucional para exercê-la, é dizer que aquela função não é desejável ao órgão, que não é justa a sua atividade. E isso, concretamente, quer significar o quê? Que a democracia – qual democracia? – só é feita por representantes eleitos? Que os magistrados, que os integrantes do Ministério Público, que os integrantes de algum conselho de Estado não possuem no seu organismo o código genético da democracia? Há nessas questões, ancoradas no porto da legitimidade, um lampejo das cidades dos pescadores de Sumatra, flutuando sobre as ondas.

Parece ser mais razoável afirmar que, no tocante ao tema do controle de constitucionalidade, antes de qualquer identificação de órgão a efetivá-lo ou de tipo de controle desejado, há questões prévias a serem respondidas. Entende a sociedade que é um avanço histórico, no âmbito do Estado Democrático de Direito, garantir a supremacia da Constituição? Que democracia uma dada sociedade deseja? Como o Estado vai coordenar os seus poderes tendo em vista a permanente aproximação desse modelo de democracia desejado? Quais os *checks and balances* indispensáveis aos fins almejados? Que teoria da decisão fundamentará a operacionalização dos mecanismos de controle? Só depois dessas reflexões é que se pode falar neste ou naquele órgão de controle de constitucionalidade, neste ou naquele tipo de controle, e, se for o caso, em alguma ideia de legitimidade, devidamente contextualizada, que possa, em vez de obscurecer, iluminar o tema.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade* – No rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, [s.d.]. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 28 out. 2011.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional*. Fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, v. 1, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CUNHA, Fernando Whitaker da. O princípio da legitimidade do poder. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito e poder – Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos (estudos em homenagem a Nelson Saldanha)*. São Paulo: Manole, 2005.

GARCIA-MANSILLA, Manuel José. Estado Actual del Debate sobre el Control de Constitucionalidade en los Estados Unidos – Exposición en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 20 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.ancmyp.org.ar/user/files/08garcia%20mansilla.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2011.

GARGARELLA, Roberto. Em nome da Constituição – O legado federalista dois séculos depois. In: BORON, Atilio A. (Org.). *Filosofia política moderna – de Hobbes a Marx*. São Paulo: USP, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Repensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc., 1994.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito constitucional*. Trad. Carlos Souza. São Paulo: Manole, 2005.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, do italiano de Eduardo Brandão e do francês de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. First issued with corrections. New York: Oxford University Press, 1994.

_____. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional – Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. 4. reimp. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2003.

_____. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOLA, Juan Vicente. El gobierno de los jueces? La regulación a través del litigio – Comunicación del académico en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 27 de julio de 2011. Disponível em: <<http://www.ancmyp.org.ar/user/files/10%20Sola.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A concepção cênica da sala de audiências e o problema dos paradoxos, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/8.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2011.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. *O valor da constituição – Separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do estado liberal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, New Haven: Yale University, 2006.

WEINBERGER, Ota. Condizione Umana e Ideale di Giustizia. In: MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *Il Diritto come Istituzione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Segunda edición en español, de la cuarta en alemán. 12. reimp. Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez e José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

ZUBIRI, Xavier. *Inteligência e realidade*. Trad. Carlos Nougué. São Paulo: É Realizações, 2011.

