

Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e princípio democrático: Parâmetros para a atuação do poder judiciário na promoção dos valores constitucionais em respeito ao princípio majoritário

*Emerson Affonso da Costa Moura**

Constitution jurisdiction, fundamental rights and democratic principle:
Standards for action of judicial power in promotion of constitutional values in respect of majority principle

RESUMO: Os limites da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais diante do princípio democrático é o tema posto em debate. Analisa-se na tensão entre constitucionalismo e democracia, em que medida é possível delimitar um campo de atuação da corte constitucional capaz de garantir a promoção dos bens e valores constitucionais, bem como, ser pressuposto ao processo democrático, sem que importe em violação ao princípio majoritário e o espaço legítimo de atuação dos demais poderes públicos. Para tanto, no primeiro capítulo, correlaciona-se a jurisdição constitucional e o dever de promoção dos direitos fundamentais, de maneira a delimitar a função contramajoritária exercida pela corte constitucional na proteção dos direitos das minorias. Após verifica-se a forma de atuação ativista do Poder Judiciário na garantia dos direitos do homem de forma a extrair os seus limites diante do princípio democrático. Por fim, propõe-se a utilização de *standards* capazes de

* Professor Assistente I da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

permitir a promoção dos direitos fundamentais e garantir os pressupostos necessários a deliberação democrática, sem que importe em ocupação dos espaços decisórios políticos.

PALAVRAS-CHAVES: Jurisdicción Constitucional; Derechos Fundamentales; Principio Democrático; Activismo Judicial; Parámetros.

ABSTRACT: The limits of constitutional jurisdiction in the concretion of fundamental rights on the democratic principle is the theme put into discussion. It analyzes in the tension between constitutionalism and democracy, what extent it is possible to define a constitutional court playing field can ensure the promotion of constitutional goods and values, as well as be assuming the democratic process, without regard to breaching the principle majority and the legitimate field of action of other public authorities. For this goal, in the first chapter, it correlates the constitutional jurisdiction and the duty to promote fundamental rights, in order to delimit the against majority function performed by the constitutional court in the protection of minority rights. After there is a form of activist role of the judiciary in ensuring human rights in order to extract its limits on the democratic principle. Finally, it is proposed the use of standards that would permit the promotion of fundamental rights and ensure the conditions necessary for democratic deliberation, without regard to occupation in the political decision-making spaces.

KEYWORDS: Constitutional jurisdiction; Fundamental rights; Democratic principle; Judicial activism; Parameters.

1. INTRODUÇÃO

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 um 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 a 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 ao 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 constitucional¹, a existência de excessos² ou exercício de preferências políticas³ nas decisões políticas, bem como, a fuga do exercício da 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 delimitar parâmetros para o exercício da jurisdição constitucional na promoção dos direitos fundamentais, de forma a garantir a proteção e promoção dos referidos direitos do homem, mas em respeito ao princípio democrático e como garantia dos pressupostos necessários para o processo democrático⁴.

Pretende-se delimitar um campo de atuação da corte constitucional capaz de garantir a promoção das referidas normas constitucionais, permitindo a concretização dos direitos fundamentais enquanto essenciais a uma vida digna e pressupostos ao próprio processo democrático, sem que

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

² Como exemplo, podemos citar as ações que versam sobre tratamentos médicos exorbitantes no exterior, medicamentos não essenciais como Viagras, além de próteses, aparelhos de audição, ultrassom, próteses, tratamentos psicológicos de adolescentes carentes, transplantes de medula, marca-passos e afins. Sobre o Tema, vide: HOFFMAN, Florian F.; Bentes, Fernando R. N. M. *A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica*. In: Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira (orgs.). *Direitos sociais fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 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 trazido pelo constituinte, vide: SARMENTO, Daniel. *O Neconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: Daniel Sarmento (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: DWORKIN, Ronald. *Juízes políticos e democracia*. Jornal O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.

importe em violação ao princípio majoritário e o espaço legítimo de atuação dos demais poderes públicos.

Para tanto, no primeiro capítulo, analisa-se o papel da jurisdição constitucional à luz da Constituição Federal de 1988 e o modelo teórico vigente, de maneira a extrair, o dever de promoção dos direitos fundamentais e, portanto, a função contramajoritária exercida pela corte constitucional na proteção dos direitos das minorias em face do princípio majoritário.

Após verifica-se a forma de atuação o Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais, de forma a delimitar junto ao papel de autocontenção e deferência as instâncias políticas, o papel criativo de interpretação da norma constitucional, apontando, todavia, os seus limites diante do princípio majoritário, sob pena de subtração do espaço legítimo de atuação ou não das instâncias democráticas.

Por fim, propõe-se a utilização de *standards* capazes de auxiliar no debate, para que a atuação da jurisdição constitucional garanta a proteção e promoção dos direitos fundamentais e os pressupostos necessários a deliberação democrática, sem que importe em ocupação dos espaços decisórios políticos, auxiliando no equilíbrio entre os poderes no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, utiliza-se por metodologia a crítica dialética com apoio na doutrina pátria e estrangeira através dos principais expoentes do Direito Constitucional com primazia dos autores nacionais, utilizando-se quando necessária, a análise de alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal com fins de ilustração da operatividade do debate acadêmico no âmbito da referida corte.

1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL CONTRA MAJORITÁRIO

A Constituição Federal de 1988 é marcada pela 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 a seara do Poder Judiciário⁵.

Isto porque, com a expansão da jurisdição constitucional garante-se a proteção da lei fundamental com a preservação de sua hierarquia formal e axiológica perante as normas infraconstitucionais, bem como, atos dos demais poderes, mediante atuação das cortes constitucionais, determinado o respeito e proteção aos direitos fundamentais⁶.

Essa ampliação da competência do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade dos atos emanados pelos poderes públicos e o crescente exercício das ações abstratas pelos atores políticos e sociais, permitiu um processo de juridicização da política, que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas e limita o poder à conformação as escolhas fundamentais da sociedade⁷.

⁵ Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais. COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais*. 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005. p. 34.

⁶ No Brasil 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 inciso 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”), da previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102 §1º) dentre outros.

⁷ Como ilustrações têm-se os temas conduzidos ao Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos: os 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 pes-

O Poder Judiciário passa a assumir um novo papel, não apenas de proteção dos direitos fundamentais contra ações do Estado, mas de promoção dos direitos individuais, coletivos e difusos, com a exigência de prestações dos poderes públicos que aliado ao acréscimo da demanda social por justiça, resulta na *judicialização das questões políticas e sociais e ascensão político-institucional* do Poder Judiciário⁸.

Isto porque, aliada à expansão do controle de constitucionalidade, a ampla incorporação de matérias pela Constituição e a crescente demanda da sociedade por justiça, fazem com que as questões políticas e sociais sejam reconduzidas da esfera política à jurídica, pois com a cláusula da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o papel de guarda da Constituição, o conhecimento da demanda pelo Poder Judiciário é inevitável.

Por outro lado, a recuperação das liberdades democráticas após a ditadura e das garantias da magistratura, aliada a crise de legitimidade dos poderes públicos, faz com que o Poder Judiciário exerça o papel de controle jurídico das decisões política buscando adequá-las às opções fundamentais da sociedade na Constituição, o que importa em um protagonismo judicial⁹.

Aliado fenômeno, tem-se a reelaboração da interpretação constitucional com o redimensionamento da norma jurídica como veiculadora apenas

quisas com células-troncos embrionárias e as políticas públicas de distribuição de medicamentos. Voltaremos ao assunto no tópico seguinte.

⁸ Corresponde a chamada onipotência judicial, decorrente da compreensão que sendo a Constituição uma norma jurídica presente em todo tipo de conflito, em razão do seu denso conteúdo material, a grande maioria das questões da vida social e política se submetem ao controle pelo Poder Judiciário. SANCHÍS, Luis Pietro. *Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial* in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismos*. Ob. cit. p. 122.

⁹ O Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009. p. 3.

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 Direito¹⁰.

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 a concordância prática¹¹.

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

O Estado Democrático de Direito não se esgota no princípio democrático e governo da maioria, mas abrange outros princípios e valores, além, do respeito a pluralidade e as minorias, cabendo ao Poder Judiciário preser-

¹⁰ 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. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado Y Futuro Del Estado De Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*... Ob. cit. p. 18.

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 a sua aplicação, sujeitando-se às suas valorações e escolha entre as soluções possíveis, mediante a ponderação entre os bens envolvidos e argumentação como elemento de controle da racionalidade da decisão proferida. Sobre o tema: REIS, Jane. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Em especial capítulo III.

var diante da soberania popular e governo da maioria, a limitação do poder e os direitos fundamentais.¹²

Isto não significa que a atuação contramajoritária da corte constitucional seja ilimitada na promoção dos valores e bens tutelados pela Constituição, mas que atua com restrições, como a necessária proteção ao processo democrático e a estabilidade institucional na resolução dos conflitos entre os poderes públicos e os cidadãos.

Portanto, os juízes atuam como protagonistas da transformação social, tutelando os princípios democráticos, mas, também, protegendo os bens e interesses fundamentais da sociedade, de violações advindas de processos majoritários de deliberação¹³, buscando na tensão entre constitucionalismo e democracia, a justa medida que permita a realização da democracia e a proteção dos direitos fundamentais.

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

O tema será tratado a seguir.

¹² Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional...* cit., p. 382-91.

¹³ Dworkin, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 25-32.

2. O ATIVISMO JUDICIAL E LIMITES AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Como visto, a judicialização das questões políticas e sociais decorre do desenho institucional vigente – que apoiado na ampla constitucionalização-inclusão de matérias infraconstitucionais, a adoção do sistema de jurisdição una e o 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 a 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 criada pelo poder constituinte.

Neste sentido, corresponde ao ativismo judicial, portanto, a atuação intensa e ativa exercida pelo Poder Judiciário no controle dos atos emanados dos demais Poderes Públicos, de forma a garantir a concretização dos valores e fins veiculados pelos preceitos constitucionais e preservar a supremacia axiológica e formal da Constituição e de suas normas¹⁴.

¹⁴ O termo ativismo judicial foi empregado pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político Arthur Schlesinger Jr. em artigo na revista *Fortune*, todavia, não há um consenso sobre a sua definição, adotando alguns autores um critério quantitativo - para definir como a atuação demasiada do Poder Judiciário nas decisões dos demais poderes - e outros um critério qualitativo - de forma minimalista ou maximalista - na concretização dos valores constitucionais, que adotamos neste trabalho. Sobre o tema vide: DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade* in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. São Paulo: Jus Podvim, 2011. p. 460-464

Sua origem é apontada como no início do século XX com as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁵ e na década de 1950 do Tribunal Constitucional Alemão e Italiano¹⁶ com a tutela dos direitos fundamentais, se notabilizando no Brasil nos últimos anos com decisões sobre importantes questões políticas e sociais pelo Supremo Tribunal Federal.

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

É o que ocorreu no julgamento da ADPF 32, onde o Supremo Tribunal Federal, apesar da inexistência de regra constitucional explícita acerca das uniões homoafetivas, determinou o reconhecimento e a equiparação com as uniões estáveis tradicionais, com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e na proteção dos direitos fundamentais.¹⁷

¹⁵ Inicialmente o ativismo judicial foi utilizado de forma conservadora permitindo a legitimidade para a segregação racial (*Dred Scott vs. Sanford* em 1857) e invalidação de leis sociais (*Lockner v. New York* em 1905), porém, no período de 1953 e 1969 sob a presidência de Earl Warren foram tomadas as decisões progressistas em matéria de direitos fundamentais, como em relação a segregação racial nas escolas públicas (*Brown vs. Board of Education* em 1954), a incriminação do uso de pílulas anticoncepcionais (*Griswold vs. Connecticut* em 1965) entre outras. Sobre o tema vide: BARROSO, Luís Roberto. *A Americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos* in: *Temas de direito constitucional*. t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 144 e seguintes.

¹⁶ Na Alemanha, o Tribunal Constitucional fixou que a lei fundamental não era ordem neutra de valores, mas que consagrava uma ordem objetiva instrumental à garantia dos direitos fundamentais (BVerfGE7, 198 (205). Porém, assim como na Itália, tentou suavizar os impactos políticos da sua decisão, como, por exemplo, advertindo sobre as suas omissões para a sua correção ou advertindo sobre uma revogação em caso de não atuação legislativa retificadora. Sobre o tema, vide: VALLE, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009. p. 28

¹⁷ 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: BARROSO, Luís Roberto. *O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Revista do Ministério Público do RJ. p. 155 e ss. n. 27.

Abrange a invalidação de atos normativos emanados do Poder Legislativo ou Administrativo de constitucionalidade discutível, ou seja, 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 ADIN 3685 onde Emenda Constitucional 52 que disciplinava coligações eleitorais impondo sua aplicação imediata, violava a anterioridade anual da lei eleitoral, que embora não fosse cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal reconheceu tal status com fins de garantir a preservação e eficácia da referida norma constitucional.¹⁸

Por fim, compreende a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público 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 onde 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 haja espaço de conformação legislativa e discri-

¹⁸ 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 a norma do artigo 16 o status de cláusula pétrea embora não se enquadre ao rol de cláusulas elencadas na Constituição. Sobre este tema consulte-se: GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as Cláusulas Pétreas: O ônus argumentativo em prol da governabilidade?* São Paulo: SBDP, 2011. p. 25-27.

cionabilidade administrativa elas não podem ser utilizadas para neutralizar a eficácia dos direitos sociais.¹⁹

No Brasil o 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 eletivo²⁰, a histórica e perniciosa influência econômica dos agentes políticos sobre o eleitor²¹ e a captação dos agentes políticos por grupos de interesse²², conduz a um distanciamento entre representante e representando promovendo estreitamento do debate político que se transfere para os órgãos judiciários.

O desinteresse dos atores políticos em atender questões de interesse social onde há um desacordo moral razoável na comunidade, de forma a evitar os desgastes promovidos pelo debate e os riscos da responsabilização

¹⁹ O Supremo Tribunal Federal na ADPF 45/DF se manifestou, no sentido, 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: MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC .volume 77. dez 2011.

²⁰ 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, da dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e a falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, até mesmo a descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública. BARCELLOS, Ana Paula de. *Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação* in RDE ano 3. N. 12. Out/dez 2008. p. 82-84.

²¹ 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: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

²² 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 único meio de influência dos grupos de interesse, em especial, econômicos, na captura dos membros do Congresso. Sobre o tema, vide: MANCUSO, Wagner Pralon. *O Lobby da indústria no Congresso Nacional*. São Paulo: EDUSP, 2007. p. 110.

política nas eleições, tornam o Poder Judiciário uma instância decisória política de questões polêmicas²³.

O processo de hipertrofia legislativa com a explosão de legislação infraconstitucional e regulamentação infralegal, bem como, a atecnicidade da produção legislativa com a criação de conceitos jurídicos indeterminados desencadeiam a ampliação dos conflitos na sociedade e litigiosidade, bem como, o potencial criativo e margem de discricionariedade do Judiciário²⁴.

As omissões legislativas na regulamentação de preceitos impostas pela Constituição que impede o exercício dos direitos pelos representados, aliado a instituição de mecanismo próprio de controle de constitucionalidade pela via concentrada e a utilização de ação constitucional na via incidental, impõe 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.

²³ O ativismo judicial é exercido em contextos de inércia intencional pelos demais poderes de 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. VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, margarida Maria Lacombe e SILVA, Alexandre Garrido. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: A judicialização da política e o ativismo judicial*. In: Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos, 2009. p. 44-45.

²⁴ 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. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 87.

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

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.²⁵

Há princípios sensíveis à democracia, a saber, questões notadamente políticas que se sujeitam a vontade da maioria e, portanto, estão a rigor fora da ingerência do Poder Judiciário, mas também, há princípios insensíveis ao princípio majoritário, questões relativas a própria proteção da pessoa humana, que se sujeitam ao controle judicial²⁶.

Na tensão entre *constitucionalismo* e *democracia*, entre o papel de *ativismo* da corte constitucional na proteção e promoção dos direitos fundamentais e valores constitucionais e na *autocontenção* do Poder Judiciário em deferência as deliberações políticas majoritárias deve-se buscar parâmetros que permitam a atuação legítima deste poder público.

O tema será tratado a seguir.

²⁵ Sarmiento, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais. In: _____; Souza Neto, Cláudio Pereira de (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

²⁶ Dworkin, Ronald. Ob. cit., p. 129 e 224.

3. PARÂMETROS PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Como visto, o Estado Democrático de Direito se erige sob a dialética entre *constitucionalismo* – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia dos direitos básicos do cidadão²⁷ – e *democracia* – enquanto soberania popular e vontade da maioria²⁸ – e, portanto, sob uma tensão imanente entre os direitos fundamentais e o governo democrático.

De um lado, portanto, cabe a 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 democrático²⁹.

Porém, por outro, abrange preservação de um conjunto de valores e objetivos que traduzem um compromisso com a transformação social e não permite que os poderes constituídos disponham livremente dos bens es-

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 47.

²⁸ 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 conforme 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. BOBBIO, Norberto Bobbio; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 320.

²⁹ 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 pétrea a tendente abolir o voto direto, secreto, universal e periódico e a forma federativa (art. 60 §4º) dentre outros. No viés procedimentalista vide: ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011 e HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

senciais da sociedade, gerando o esvaziamento da eficácia das normas constitucionais a título de exercício da democracia.³⁰

Assim, se 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, a lei fundamental, portanto, veicula consensos mínimos para proteção dos indivíduos e funcionamento do regime democrático, protegendo os direitos fundamentais do exercício do princípio majoritário e das decisões proferidas por maiorias políticas ocasionais, inclusive, mediante o controle de deliberações políticas que o violem³¹.

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 constitucional³² 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 maioria³³.

³⁰ Isto por que a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, porém, 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. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. P. 382-91.

³¹ 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: RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Belo Horizonte: Editora Martins, 2008. e DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Belo Horizonte: Editora Martins Fontes, 2010.

³² 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. HARBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma* in: HARBELE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: Porrúa, 2005. p. 166.

³³ De forma que a vontade da maioria momentânea - do poder governante - não se sobreponha sobre a vontade

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 violem ou não os concretize, 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 idéias e de informações, isto ocorre mediante o respeito e concretização de direitos fundamentais que permitem à igualdade de condições no debate democrático, racionalizando e legitimando as decisões políticas³⁴.

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 na participação do processo de formação da vontade coletiva, de forma a atribuir a legitimidade e correição ao próprio processo democrático.

Envolve, portanto, a realização de um núcleo essencial dos direitos fundamentais a ser concretizado pelo Poder Judiciário, que seja capaz de preservar não apenas as condições mínimas para uma existência humana

de da maioria permanente – do poder constituinte originária. VITAL, Moreira. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional* in: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 179.

³⁴ 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 estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para a sua plena realização. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática* in: SARMENTO, Daniel (Coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 79-80.

digna, mas de garantir também os pressupostos materiais necessários para uma efetiva participação democrática.

Assim, não se restringe ao mínimo existencial, que envolve as condições fundamentais para uma vida com dignidade³⁵³⁶, mas envolve pressupostos essenciais para o funcionamento adequado do próprio sistema jurídico-democrático que constituem matriz irreduzível, indisponível e insuscetível de restrição pelos poderes públicos e controlados pela jurisdição.

Isto importa, na adjudicação pelo Poder Judiciário das prestações materiais necessárias à fruição do direito à liberdade e a igualdade, permitindo que o indivíduo possa exercer efetivamente sua autonomia na esfera privada e pública³⁷ e tenha possibilidade de participar e cooperar de forma igualitária no processo político democrático³⁸.

Cabe, portanto, a Jurisdição Constitucional garantir as prestações necessárias a concretização dos direitos fundamentais como forma de proteção da supremacia axiológica da Constituição e de seus preceitos, bem como,

³⁵ Neste sentido, Ana Paula de Barcellos, ao se referir ao mínimo existencial considera a distinção entre um núcleo essencial que deve ser reconhecida eficácia jurídica positiva e para além deste núcleo onde se desenvolvem outras modalidades de eficácia jurídica na preservação do espaço da política e das deliberações majoritárias. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.

³⁶ É o que ocorre, por exemplo, com a educação fundamental e a medicina preventiva e de urgência que correspondendo respectivamente ao núcleo essencial do direito à educação e saúde, poderiam ser exigidas pelos indivíduos que precisem perante o Poder Judiciário sem restrições. Já o ensino superior e o médio e a medicina curativa exorbitariam este conteúdo, razão pelo qual, dependeriam da progressiva realização pelos poderes públicos. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 54, 130, 255 e 267.

³⁷ 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.

³⁸ 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 a alimentação adequada ou a 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.

o próprio princípio democrático pela garantia das condições mínimas em que irá ocorrer a deliberação política.

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, podem ser definidos a rigor³⁹ 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 pensamento⁴⁰.

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 democrático⁴¹.

Da mesma forma, não significa que as questões sobre direitos devam serem decididas por um Poder Judiciário, uma vez que resposta alcançada não será adequada, por não respeitar as capacidades morais e políticas

³⁹ Frisa-se a expressão pode, pois se reconhece como Dworkin que não há apenas uma resposta possível para as questões envolvendo direitos. Sobre o tema, vide: DWORKIN, Ronald. *Levando...* Op. Cit. Cap. 13.

⁴⁰ RAWLS, John. Op. cit. p. 277 e p. 365-380

⁴¹ Como por exemplo, se no crime de injúria qualificado se protege as minorias sujeitas à 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.

dos cidadãos, bem como, não será a mais correta, em razão do desacordo moral existente no seio da comunidade⁴².

4. CONCLUSÃO

Com o processo de redemocratização e a promulgação da Carta Magna de 1988 firma-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, reforçou a Constituição Federal 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 constitucionalização-inclusão com a fuga da deliberação ordinária de questões sociais e políticas, na proteção dos bens e valores sociais fundamentais.

No exercício, portanto, 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 criada pelo poder constituinte.

Sob tal giro, a promoção dos direitos fundamentais demanda prestações positivas e negativas pelo poder público, ao qual diante das omissões e

⁴² Como, por exemplo, no julgamento da interrupção da gestação de feto anencéfalo quando a Corte decidiu fixar o momento que começa a vida, impondo uma escolha moral, sobre as variadas existentes na matéria, tanto do ponto de vista jurídico, filosófico, científico e religioso.

ações do poderes públicos, importará na atuação contramajoritária da corte constitucional, adequando a conformação legislativa ou discricionariedade administrativa ao respeito à hierarquia formal e axiológica dos preceitos constitucionais.

Todavia, reconhecer a atuação do Poder Judiciário de Guardião da Constituição e, portanto, de proteção 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.

Por esta razão, propõe-se que na proteção dos direitos fundamentais, cabe a corte constitucional impor aos poderes constituídos o respeito a tais direitos subjetivos, porém, sem determinar uma concepção moral diante do pluralismo de concepções na sociedade, a saber, permitindo que as minorias tenham o direito de serem respeitadas as suas concepções morais no processo democrático.

No que se refere, à promoção dos direitos fundamentais, significa determinar a garantia da adjudicação dos bens e prestações necessárias com limites à realização de uma existência digna e necessárias à um contexto livre, informado e aberto de deliberação pública em um contexto de democracia material, porém, sem delimitar o conteúdo das políticas públicas.

É inevitável observar que em alguns julgamentos, o Supremo Tribunal Federal acaba com fins de proteção dos direitos fundamentais, em especial, nas questões onde há desacordo moral, escolhendo uma opção moral sob as outras, como no julgamento da interrupção da gestação do feto

anencéfalo quando fixou o momento de início da vida, embora nem a ciência, filosofia ou moral tenham consenso.

Verifica-se, ainda, que em outras oportunidades o Supremo Tribunal Federal têm a título de *promoção* dos direitos fundamentais, se imiscuindo no planejamento ou execução de políticas públicas, impondo escolhas, como no âmbito do controle difuso oferecendo tratamentos médicos no exterior ou medicamentos importados, decisões no âmbito da discricionariedade administrativa e conformação legislativa.

Tais decisões 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 a terra*, fixando o conteúdo ou abrangência das regulamentações e medidas adotadas na sua realização.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: 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 in RDE ano 3. N. 12. Out/dez 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *A Americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos* in: *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* in: 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 Bobbio; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 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. ed. Coimbra: Almedina, 2000,

CARBONELL, Miguel. *Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo* in: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1 ed. Madrid: 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 LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade* in: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. São Paulo: Jus Podvim, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *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 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e Garantias: La ley del mais débil*. 1 ed. Madrid: Trotta, 1999.

_____. *Pasado Y Futuro Del Estado De Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1 ed. Madrid: 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 Guardiã de Promessas*. Rio de Janeiro: Renavam, 1999.

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

HARBELE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma* in: HARBELE, 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.; Bentes, Fernando R. N. M. *A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica*. In: 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*. Madrid: 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 a 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* in CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1 ed. Madrid: 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.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: Daniel Sarmento (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática in: 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; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe e SILVA, Alexandre Garrido. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: A judicialização da política e o ativismo judicial*. In: 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* in: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

Aportes | La protección de la propiedad y la responsabilidad por las mal llamadas