



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Supremacia Judicial:

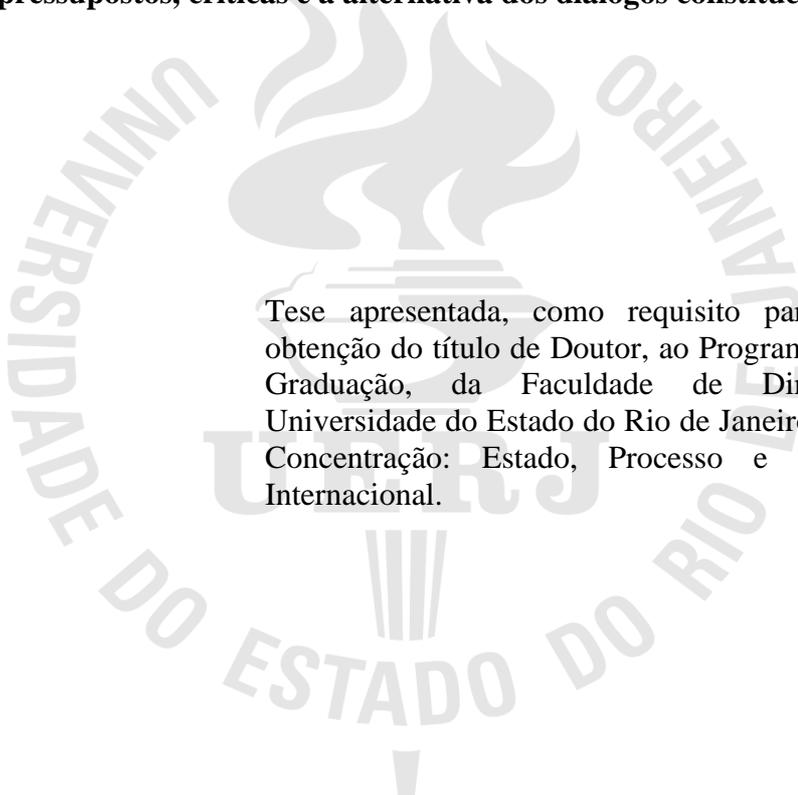
**trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos
constitucionais**

Rio de Janeiro

2011

Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

**Supremacia Judicial:
trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação, da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmento

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P475s Pessanha, Rodrigo Brandão Viveiros.

Supremacia judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais / Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha. - 2011. 456 f.

Orientador: Daniel Antonio de Moraes Sarmiento.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito Constitucional - Teses. 2. Constitucionalismo - Teses. 3. Hermenêutica (Direito). I. Sarmiento, Daniel. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Supremacia Judicial:

trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação, da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional.

Aprovada em: 06 de maio de 2011

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento (orientador)

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Jane Reis Gonçalves Pereira

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Luís Virgílio Afonso da Silva

Faculdade de Direito da USP

Prof. Dr. Gisele Cittadino

Faculdade de Direito da PUC-Rio

Rio de Janeiro

2011

DEDICATÓRIA

A Olívia e a Maria, pelo que vivemos e pelo que iremos viver.

A Márcia e a Iza, pelos exemplos de luta, amor e humildade.

AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma tese de doutorado exige tanto do seu autor, e, sobretudo, daqueles que estão à sua volta, que sinto ter assumido uma dívida impagável. Todavia, obtive um alento em uma frase cunhada por Sêneca há quase dois mil anos: “quem acolhe um benefício com gratidão, paga a primeira prestação da sua dívida”. Pois, então, a primeira prestação, de muitas, já foi paga. Somente concluí a tese, pois aceitei, com enorme gratidão, a ajuda de muitas pessoas queridas, a quem não pude dedicar todo o tempo desejado.

O meu primeiro obrigado vai para Olívia Tenório Brandão, minha mulher. Precisamente no momento em que iniciei a redação do trabalho, tivemos a benção da notícia da sua gravidez. Não foi fácil me ausentar por longas horas do convívio com a família neste momento tão especial, mas a sua compreensão e o seu amor me ajudaram muito a manter o foco. Se a gratidão é a memória do coração, ela está garantida, pois te amo demais.

O segundo agradecimento vai para Maria Tenório Brandão, esse pedacinho de gente que a cada dia fica mais lindo e inteligente. Maria nasceu rica da riqueza que importa: o amor. Neta mais esperada de todos os tempos, só as avós, os avôs e a bisá já garantiriam uma herança inesgotável por toda a sua vida. Mas o amor dos pais também é imenso. Obrigado por você ter proporcionado tanta luz e amor na minha vida e na da Olívia, dando-nos força e inspiração para superar os desafios da vida.

Márcia Brandão e Iza Jotta, as mulheres mais fortes e generosas que conheci, sempre estiveram ao meu lado, depositando em mim doses enormes de confiança e afeto. Sem a mãe e a vó que tive não seria a mesma pessoa que sou. Muito obrigado. Leila, Andréa, Marcelo e Leonardo Brandão, Pedro Solti, e Maria Jotta compõem a família especial que tenho a honra de integrar. Durante a redação da tese, minha vó paterna, Maria Luiza Buarque Viveiros da Silva, faleceu. A sua inteligência e vivacidade, contudo, ficarão sempre em minha memória. “Vó-iú” fique com Deus. Um beijo especial ao meu pai, André Pessanha, à sua esposa, Maria Mariana Oliveira, e aos meus irmãos: Clara, Laura, Gabriel e Isabel Pessanha.

À Faculdade de Direito da UERJ sou imensamente grato. Lembro-me bem do nervosismo na entrevista de ingresso no Doutorado, que me surpreendeu à época, pois

me julgava “calejado” pelos anos de aula e de atuação judicial. Hoje o compreendo como proporcional à minha vontade de concluir o Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Público da UERJ, pois o mestrado havia aberto novos horizontes em minhas pesquisas sobre o Direito Constitucional. Não me imagino seguindo outro caminho, e inconscientemente talvez já soubesse disso naquela ocasião. Portanto, agradeço aos “*founding fathers*” do programa: Paulo Galvão, Ricardo Lobo Torres e Luís Roberto Barroso, por terem criado um espaço tão republicano e aberto, onde há um livre trânsito de ideias e ideologias. Barroso tem sido uma influência especial nos meus estudos sobre o direito constitucional, desde a escolha dessa disciplina como área de docência até o aprofundamento das minhas pesquisas de pós-graduação.

Daniel Sarmiento, meu orientador no mestrado e no doutorado, é a pessoa com quem mais tenho aprendido direito constitucional nos últimos anos, seja em seus textos, seja em nossas conversas. A sua cuidadosa leitura dos meus trabalhos tem contribuído demais para o aprofundamento da pesquisa e para melhor estruturação das ideias. Juntamente com Gustavo Binenbojm e Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel completa a tríade de publicistas mais brilhante da sua geração, de que tenho a honra de gozar da amizade e do convívio. A interlocução com os três em bate-papos informais tem me ensinado demais. Muito obrigado. Agradeço também à Jane Reis, cujos precisos comentários ao meu projeto de qualificação me ajudaram bastante na elaboração da parte final da tese.

Por fim, devo um agradecimento especial ao Marco Antônio Macedo e ao Gustavo da Gama Vital de Oliveira. Machado de Assis disse que “amigo é a base quando falta o chão”; pois esses meus amigos especiais foram a minha base quando o transcorrer do tempo, sempre mais rápido do que a redação da tese, aumentava a minha ansiedade e a sensação de que não conseguiria concluir o doutorado da forma desejada. Se não fosse o apoio desses meus amigos generosos esta tese não existiria. Muito obrigado. Um abraço final aos colegas de mestrado e de doutorado que transformam o programa em uma ambiente tão estimulante intelectualmente e acolhedor, e o faço nas pessoas de Diego Werneck Arguelles, Eduardo Mendonça, Fábio Zambitte, Fábio Gomes, Fernando Leal, Patrícia Perrone e Gustavo da Gama Vital de Oliveira. Um abraço especial também ao Fabrício Carvalho e ao Marco Antônio Rodrigues, amigos cujo convívio tem me sido bastante enriquecedor e gratificante.

“Enfaticamente é a província e o dever do Judiciário dizer o que é a lei.” (Justice John Marshall, caso *Marbury v. Madison*)

RESUMO

PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucional**. 2011. 456 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

A supremacia da Constituição exige que a Suprema Corte tenha a última palavra sobre o sentido da Constituição? As Supremas Cortes norte-americana e brasileira afirmam que sim, respaldadas pelo conhecimento convencional. O objetivo principal da tese é demonstrar que esta assertiva é simplesmente equivocada. Será reconstruída a história da expansão do papel político do Judiciário, no âmbito da interpretação constitucional, com vistas a elucidar os seus verdadeiros pressupostos. A evolução do constitucionalismo brasileiro será analisada à luz de tais critérios, para que se possa perceber que só há no Brasil algo parecido com uma supremacia judicial após 1988. Após o exame das críticas institucionais e democráticas, será explorado o potencial da doutrina dos diálogos constitucionais para explicar a realidade das interações entre os Poderes Legislativo e Judiciário na interpretação constitucional, e para prover um suporte normativo que logre reconciliar o fenômeno da judicialização da política com a democracia no Brasil.

Palavras-Chave: Interpretação constitucional. A última palavra. Supremacia da Constituição e supremacia judicial. Constitucionalismo, democracia e o papel das instituições políticas. Diálogos constitucionais.

ABSTRACT

The supremacy clause requires that the Supreme Court shall have the last word on constitutional matters? The Brazilian and North-American Supreme Courts confirm, endorsed by the traditional wisdom. The thesis aims to prove that such statement is mistaken. The history of the global expansion of the judicial power, in reference to the constitutional interpretation, will be reconstructed, in order to clarify its real presuppositions. The Brazilian constitutional evolution will be analyzed to prove that before 1988 there was no judicial supremacy in Brazil. After the analysis of the institutional and the democratic criticisms, the potential of the constitutional dialogues doctrine will be explored to explain the interactions between the legislative and the judicial branches in constitutional interpretation, and its ability to provide a normative basis to reconcile the judicialization of politics with democracy in Brazil.

Key-words: Constitutional interpretation. The last word. Supremacy clause and judicial supremacy. Constitutionalism, democracy and the role of political institutions. Constitutional dialogues.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	APRESENTAÇÃO DO OBJETO DA INVESTIGAÇÃO	21
1.1	A afirmação da supremacia judicial	21
1.1.1	<u>Os precedentes das Supremas Cortes brasileira e norte-americana</u>	21
1.1.2	<u>Esclarecimentos conceituais: monopólio judicial, supremacia judicial, controle de constitucionalidade, judicialização da política, ativismo judicial e departamentalismo</u>	26
1.2	Problematização da supremacia judicial e as hipóteses principais da tese	34
1.3	Plano de trabalho	39
2	A AFIRMAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ORIGEM, FUNDAMENTOS, DESENHOS INSTITUCIONAIS E CONCEITOS DE CONSTITUIÇÃO	44
2.1	<i>Marbury v. Madison</i> , os fundamentos tradicionais da <i>judicial review</i> e a supremacia judicial	44
2.2	Supremacia da lei v. supremacia da constituição. Separação orgânico-funcional dos poderes v. freios e contrapesos	61
2.3	Os modelos de Constituição como norma diretiva fundamental, como norma fundamental de garantia e como norma estruturante do governo	71
3	A EXPANSÃO DO PAPEL POLÍTICO DO JUDICIÁRIO	80
3.1	A agonia do nascimento da jurisdição constitucional na Europa	80
3.2	O modelo positivista-liberal de jurisdição constitucional	87

3.3	O “ne Constitucionalismo”	92
3.4	A expansão do Poder Judiciário	106
3.4.1	<u>Panorama do fenômeno</u>	106
3.4.2	<u>As condições para a judicialização da política</u>	115
3.4.2.1	As condições políticas	115
3.4.2.2	As condições institucionais	121
3.4.2.3	As condições “interpretativas”	131
3.4.3	<u>A judicialização da política: sistematização das principais hipóteses</u>	132
4	A AFIRMAÇÃO E A EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO NO BRASIL	135
4.1	A inviabilidade da supremacia judicial no Brasil até 1988	135
4.1.1	<u>O Império</u>	135
4.1.2	<u>A República Velha</u>	140
4.1.3	<u>A Revolução de 1930 e o Estado Novo</u>	153
4.1.4	<u>A República de 1946/1964</u>	159
4.1.5	<u>A Ditadura Militar</u>	164
4.1.6	<u>Conclusão</u>	169
4.2	A expansão do Judiciário no regime constitucional pós-88	171
4.2.1	<u>As condições políticas</u>	171
4.2.2	<u>As condições institucionais</u>	176
4.2.3	<u>As condições “interpretativas”</u>	187
4.2.4	<u>Conclusão</u>	199
4.3	Ativismo na jurisprudência atual do STF	202
4.3.1	<u>Notas preliminares</u>	202
4.3.2	<u>Aplicação direta de princípios constitucionais pelo Judiciário. Sistematização das principais hipóteses</u>	204

4.3.2.1	Afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado (interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto)	204
4.3.2.2	Criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão	214
4.3.2.3	Invalidação de norma legal ou administrativa	217
4.3.2.4	Criação ou alteração de norma constitucional	220
4.3.2.5	Imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e/ou Executivo	224
4.3.3	<u>Modelo de decisão casuístico</u>	225
4.3.4	<u>Tendência à fundamentação “maximalista”</u>	227
4.3.5	<u>Viés “juriscêntrico”</u>	234
4.4	Conclusão: a caminho da supremacia judicial?	243
5	CRÍTICAS À SUPREMACIA JUDICIAL	250
5.1	As críticas de caráter institucional	250
5.1.1	<u>As premissas: capacidades institucionais e efeitos sistêmicos</u>	250
5.1.2	<u>Casos altamente complexos e o minimalismo judicial</u>	251
5.2	As críticas democráticas	254
5.2.1	<u>O profundo desacordo moral quanto a questões de princípio e a supremacia parlamentar</u>	254
5.2.2	<u>As críticas formuladas pelo constitucionalismo popular</u>	258
5.2.2.1	Notas introdutórias: a devolução da Constituição ao povo	258
5.2.2.2	A crítica à interpretação constitucional juriscêntrica	259
5.2.2.3	A retirada da Constituição das Cortes, o problema do “descumprimento antecipado” e a capacidade de o legislador participar da interpretação constitucional	263
6	DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS, CAPACIDADES INSTITUCIONAIS, DEMOCRACIA DELIBERATIVA E	268

	SEPARAÇÃO DE PODERES	
6.1	A necessária contextualização das críticas institucionais e democráticas à supremacia judicial	268
6.2	A importância de uma análise realista das capacidades institucionais	272
6.3	Democracia deliberativa, desacordo moral, última palavra e <i>accountability</i>	283
6.4	Separação de poderes e expansão do Judiciário. Independência e responsividade judicial	291
6.5	Conclusão	299
7	QUEM TEM A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE A CONSTITUIÇÃO?	301
7.1	Os modelos de comportamento judicial	301
7.2	Instrumentos de interação	304
7.2.1	<u>Ataques institucionais à Corte</u>	304
7.2.2	<u>O poder do Congresso sobre os orçamentos dos Tribunais e sobre os salários dos juízes. O processo de nomeação e de investidura dos juízes da Suprema Corte</u>	310
7.2.3	<u>A não implementação de decisões judiciais</u>	316
7.2.4	<u>Os mecanismos de superação legislativa de decisões da Suprema Corte</u>	322
7.3	A inevitabilidade da interação entre os departamentos estatais para a definição do sentido da Constituição	333
7.4	O debate no Brasil. Os mecanismos de reação às decisões do STF, e a inexistência de supremacia judicial em sentido material e amplo .	346
8	QUEM DEVE TER A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE A CONSTITUIÇÃO?	361
8.1	As principais teorias: diálogos constitucionais, construção coordenada e supremacia judicial	361
8.2	A superioridade normativa das teorias dialogais	368

8.3	Mecanismos de superação normativa de decisões constitucionais do STF	381
8.3.1	<u>Emendas Constitucionais</u>	381
8.3.2	<u>Leis e maiorias legislativas ordinárias</u>	396
8.4	Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais e última palavra na definição do sentido da Constituição de 1988: uma abordagem conjunta das questões empíricas e normativas	406
9	CONCLUSÃO	417
9.1	Proposições objetivas finais	417
9.2	Encerramento	429
	REFERÊNCIAS	431

INTRODUÇÃO

Vivemos uma era de “*expansão global do Poder Judiciário*”.¹ Se durante o século XIX a *judicial review of legislation* era uma peculiaridade institucional norte-americana, no limiar do século XXI nada menos que cento e cinquenta e oito países contam com a previsão formal de algum instrumento de jurisdição constitucional.² Em regimes jurídicos romano-germânicos ou de *common law*,³ e mesmo em países que constituíam clássicos exemplos de supremacia parlamentar, como Inglaterra, Nova Zelândia, Canadá e Israel, vem se proliferando mecanismos de controle de constitucionalidade.⁴ Além disto, houve notável avanço na tutela internacional dos direitos humanos, com a celebração de um sem-número de tratados internacionais,⁵ e com a criação de órgãos supranacionais delineados à feição de tribunais para zelar pelo respeito dos Estados signatários aos direitos humanos no âmbito dos seus territórios.⁶

Este processo se desenvolveu por ondas: a primeira ocorreu após a fundação dos EUA, com a afirmação da doutrina da *judicial review of legislation* no caso *Marbury v. Madison*⁷ (1803); a segunda se deu no segundo pós-guerra, com a redemocratização de países recém-saídos de regimes fascistas na Europa (p.ex. Alemanha e Itália), e com o

¹ A expressão se celebrou com o seminal estudo de “**The Global Expansion of Judicial Power**”. TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. New York: New York University Press, 1995.

² GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, p. 81.

³ CITTADINO, Gisele. “Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia”. **ALCEU**, v. 5 – n. 9 – jul/dez. 2004, p. 105.

⁴ GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **American Journal of Constitutional Law**. Vol. 49. Disponível em <http://papers.ssrn.com/abstract=302401>. Acesso em 20.12.2010, às 14:00h.

⁵ Convém destacar a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos (1966), e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos (1953), e a “Convenção Americana de Direitos Humanos” também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica (1978). V. PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

⁶ P. ex.: Corte Internacional de Justiça, Tribunal Penal Internacional, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Tribunal de Nuremberg, por sua vez, consiste num marco fundamental de duas premissas básicas da internacionalização dos direitos humanos: a limitação da soberania nacional e o reconhecimento de que o indivíduo tem direitos protegidos no âmbito internacional. *Ibid.*, p. 129.

⁷ Como se sabe, neste célebre caso a Suprema Corte dos EUA asseverou que a possibilidade de o Judiciário declarar inconstitucional uma lei, apesar do silêncio da Constituição norte-americana, seria uma consequência natural da supremacia da Constituição sobre as leis, do Estado de Direito e da natureza legal da Constituição. Ver a descrição do caso e do contexto político que lhe era subjacente no item 2.1.

processo de independência de antigas colônias (i.e. Índia e países africanos); a terceira se formou nas duas últimas décadas do século XX, em virtude da transição de ditaduras militares para a democracia (América Latina), e de regimes comunistas para democracias constitucionais de livre mercado (Leste Europeu), além da incorporação de tratados internacionais ao direito interno (incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos pela Dinamarca e pela Suécia).⁸⁻⁹

Há grande dificuldade na sistematização das condições facilitadoras da “expansão global do Judiciário”, tendo em vista as diferentes culturas jurídicas e cenários políticos. Nada obstante, a leitura tradicionalmente feita do fenômeno o vincula à constatação de que as instituições democraticamente legitimadas também podem violar os direitos fundamentais.¹⁰

No século XIX, os países europeus, ao contrário dos EUA,¹¹ não nutriam, via de regra, desconfiança em relação à tutela dos direitos individuais pelo Parlamento, pois as verdadeiras ameaças, neste particular, vinham do *ancien régime*, do monarca e da Igreja. Ao contrário, o Legislativo, recém dotado de legitimidade democrática,¹² era visto como “curador” das liberdades fundamentais em face de eventuais invasões do Executivo nesse reduto inexpugnável de autonomia individual, sendo natural, portanto, a preeminência do princípio da legalidade ao da constitucionalidade.

Entretanto, especialmente a traumática experiência dos regimes facistas “democraticamente” eleitos durante a Segunda Guerra Mundial revelou um perigo interno à democracia, qual seja, o risco de instituições democráticas violarem as liberdades fundamentais. Com efeito, a partir do segundo pós-guerra se verificou uma forte tendência de positivar direitos fundamentais nas Constituições nacionais e em tratados internacionais, e de criar “tribunais” (v.g. Cortes Constitucionais e “Tribunais

⁸ GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, p. 82/88.

⁹ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism** Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 7 e 8.

¹⁰ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies – Constitutional Courts in Asian Cases, USA**: Cambridge University Press, 2003, p. 2.

¹¹ Há, sobretudo, uma razão histórica para a desconfiança nutrida pelos colonos norte-americanos em relação ao Legislativo: em sua luta de independência contra a Inglaterra, uma das principais bandeiras dos colonos era a lesividade da onipotência do Parlamento inglês aos seus direitos individuais, sintetizada pela fórmula “*no taxation without representation*.” Ver o item 2.2.

¹² Para os padrões de democracia da época, que se compatibilizavam com a redução do *demos* aos proprietários.

Internacionais”) cuja função principal é a de monitorar violações a direitos fundamentais.¹³

Note-se que a atribuição dessa função a órgãos contramajoritários é proposital, pois as garantias de independência política dos seus membros lhes garantiriam a imparcialidade necessária para zelar pela observância desses pressupostos materiais às democracias contemporâneas inclusive em face de instituições democraticamente legitimadas. Substituir-se-ia, assim, um conceito de democracia como regra da maioria - institucionalizado através da supremacia do Parlamento - por uma “democracia constitucional”, na qual direitos das minorias são entrincheirados em uma lei superior, e zelados por tribunais insulados da política através da jurisdição constitucional. Assim, ao evitar que a democracia se degenere em uma tirania da maioria mediante a proteção dos seus pressupostos morais, a jurisdição constitucional não acarretaria lesão, mas fortalecimento da democracia.¹⁴

Todavia, a chamada “dificuldade contramajoritária”¹⁵ do controle de constitucionalidade das leis não parece ser um problema tão simples de ser superado. Mesmo em relação às liberdades fundamentais, a questão é complexa, pois não é trivial afirmar que o Judiciário apresenta melhores condições para a sua tutela do que o Legislativo, muito menos que as decisões judiciais são necessariamente mais reverentes aos direitos individuais do que as leis.¹⁶ Ainda mais difícil é sustentar ambas as assertivas em face da interpretação e aplicação de toda e qualquer norma constitucional, tendo em vista que as Constituições contemporâneas não mais se limitam a estruturar o Estado e a dispor sobre direitos de primeira geração (como as Constituições-Garantia), mas positivam - sob a forma de regras, princípios e políticas públicas¹⁷ - direitos de

¹³ Neste sentido o seguinte comentário de Konrad Adenauer durante a Convenção Constitucional que resultou na Lei Fundamental de Bonn: “A ditadura não é necessariamente ditadura de uma só pessoa. Também há ditadura de uma maioria parlamentar. E nós queremos proteção contra tal ditadura sob a forma de uma Corte Constitucional.” V. VANBERG, Georg. **The Politics of Judicial Review in Germany (Political Economy of Institutions and Decisions)**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 1.

¹⁴ Ver DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: The moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

¹⁵ A expressão foi consagrada na clássica obra de BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986. Cuida-se, em síntese, do déficit de legitimidade democrática de juízes não eleitos e isentos de responsabilidade eleitoral no tocante à invalidação de decisões tiradas pela maioria dos representantes do povo, sobretudo quando a decisão judicial se fundar em princípios morais abstratos, como os direitos e garantias fundamentais.

¹⁶ Ver, p. ex., a síntese da crítica de Jeremy Waldon à *judicial review* no item 5.2.1.

¹⁷ Sobre a distinção ver DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

diversas gerações (direitos sociais prestacionais, direitos difusos e coletivos etc) e dispositivos sobre os mais diversos assuntos (administração pública, tributação, orçamento, finanças públicas, ordens econômica e financeira, saúde, educação, cultura, desporto, ciência, comunicação social, meio ambiente, família, menores, idosos, índios etc).¹⁸

Note-se, a propósito, que observadores do direito constitucional comparado têm percebido que o fenômeno da “expansão global do Poder Judiciário” não tem se traduzido apenas na “globalização da jurisdição constitucional”, mas também na transferência de poder decisório às Cortes sobre questões nucleares da política.¹⁹ De fato, com uma frequência impressionante o resultado de eleições presidenciais - evento político mais importante em sistemas presidencialistas - tem sido arbitrado por Tribunais (Romano Prodi: Itália em 2006; Felipe Calderon: México em 2006; George W. Bush: USA 2004).

Também causa espécie perceber que os órgãos de cúpula do Judiciário têm atuado como importantes *players* em conflituosas mudanças de regimes políticos, conforme revelam decisões constitucionais sem precedentes na história: na África do Sul, a Suprema Corte rejeitou dispositivos de projeto de Constituição elaborado por uma assembleia constituinte eleita; na Coreia do Sul, a Suprema Corte reinstalou um presidente que havia sofrido *impeachment* pelo Parlamento; em Fiji, a Corte de Apelação restabeleceu Constituição derrubada por golpe de Estado.

Saliente-se que o Judiciário também vem desempenhando função de destaque na solução de conflitos étnicos, linguísticos e religiosos em sociedades profundamente divididas. Bons exemplos são a atuação da Suprema Corte israelense na harmonização de valores seculares e religiosos em um Estado que é formalmente qualificado como “democrático e judaico”; a determinação pelo Tribunal Constitucional Federal alemão do *status* da Alemanha unificada em relação à União Européia; a influência de decisões da Suprema Corte canadense acerca da posição de Quebec na federação canadense etc.

A situação não é distinta no Brasil. O Supremo Tribunal Federal tem decidido, como nunca, questões políticas importantes. Citem-se, para fins ilustrativos, as decisões

¹⁸ Vide a Constituição Brasileira de 1988.

¹⁹ HIRSCHL, Ran. “The Judicialization of Politics.” In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Op. cit., p. 124/129. As decisões que serão citadas em sequência foram colhidas deste trabalho.

do STF acerca do controle judicial do processo de *impeachment* do Presidente da República²⁰ e da constitucionalidade de emendas constitucionais.²¹ Especificamente quanto à fiscalização do processo democrático, merecem destaque os debates sobre a constitucionalidade de reforma constitucional que previu a reeleição para o cargo de Chefe do Executivo,²² as consequências da troca voluntária de partido por parlamentar (infidelidade partidária),²³ a obrigatoriedade de compatibilidade entre as coligações partidárias nos pleitos federal e estaduais (verticalização),²⁴ e a constitucionalidade da chamada “cláusula de barreira”.²⁵ Sobre questões moralmente complexas, cite-se o exame da constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias,²⁶ a tipicidade penal do aborto de fetos anencéfalos etc.²⁷

A atualidade do tema é comprovada, não apenas pela jurisprudência do STF, mas pelos recentíssimos debates travados no Congresso Nacional acerca dos efeitos da chamada “judicialização da política” no Brasil. Destaque-se o acalorado debate travado em 24 de março de 2011 na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, por ocasião da Proposta de Emenda Constitucional apresentada pelo Deputado Ronaldo Caiado com o fito de reverter a jurisprudência do STF de que o regime de suplência na Câmara dos Deputados deve seguir a lista dos candidatos do partido político, e não da respectiva coligação. Vale trazer à baila a veemente manifestação de deputado Nazareno Fonteles: “*Se a gente deixar que eles (os juízes) tomem conta da República, estaremos caminhando, se não para uma ditadura, pelo menos para uma oligarquia comandada pelo Judiciário.*” Boa parte dos demais integrantes da CCJ anuiu às contestações de Nazareno Fonteles.²⁸

²⁰ STF, MS 21564, MS 21689-1, DJ 27/08/1993.

²¹ STF, ADI n. 939, RTJ – 151, p. 755-841.

²² STF, ADI 1805 (EC n. 16/97), DJ 14/11/2003.

²³ STF, MS n. 26602, DJ 17.10.2008.

²⁴ STF, ADI 2628, DJ 05.03.2004.

²⁵ STF, ADI 1351-3, DJ 30.03.2007.

²⁶ STF, ADI 3510, DJ 27.05.2010.

²⁷ STF, ADPF n. 54, (pendente de julgamento).

²⁸ Ver o artigo “Câmara reage ao ativismo judicial”. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br/impresso/politica/100/402129/camara-reage-ao-ativismo-judicial>. Acesso em 25.03.2011, às 8:00h. A Comissão de Constituição e Justiça aprovou inclusive a realização de seminário intitulado “Separação dos Poderes: Legislativo x Judiciário”.

Note-se que o deputado Nazareno Fonteles é autor de proposta de emenda constitucional (PEC n. 03/2011) destinada a alterar a redação do art. 49, V, da CF/88, para autorizar o Legislativo a, por maioria simples, sustar a eficácia não só dos atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar, mas também das decisões judiciais que invadam as competências do Legislativo.

Portanto, a constatação de Alexis de Tocqueville em relação aos Estados Unidos nas décadas de vinte e trinta do século XIX, no sentido de que dificilmente havia uma controvérsia moral e política que também não se tornasse uma controvérsia judicial,²⁹ parece se aplicar atualmente a uma quantidade considerável de países,³⁰ inclusive e notadamente ao Brasil. Mais do que isto, diriam os críticos do fenômeno - não sem um certo exagero - que a influência das Constituições nas culturas políticas contemporâneas se assemelha àquela desempenhada pelo Novo Testamento na Idade Média,³¹ na medida em que a constitucionalização dos mais diversos problemas políticos e sociais parece sugerir que toda a sabedoria estaria concentrada neste documento superior, que, assim, conteria resposta para os mais profundos dilemas existentes no seio de sociedades divididas pelo pluralismo.

Já se pôde perceber que o fenômeno da expansão do Judiciário é assaz complexo e pode ser analisado desde ângulos muito distintos. Contudo, o objetivo da presente tese é o de examinar criticamente a assertiva de que, (i) a partir do momento em que se instituiu a jurisdição constitucional em um país coube ao Judiciário, de forma estável e inquestionada, a “última palavra” na interpretação constitucional (argumento histórico); e que (ii) a supremacia da Constituição exige que a interpretação judicial da Constituição seja definitiva, sob pena de os poderes políticos não se virem efetivamente limitados pela Constituição, e, assim, disporem de poderes absolutos (argumento normativo). A noção de que a interpretação judicial da Constituição não produz efeitos preponderantemente para o passado - i.e. dirimir divergência sobre casos concretos ou sobre a validade de leis -, mas também para o futuro, vinculando os poderes políticos no exercício das suas atribuições (supremacia judicial),³² é colhida na jurisprudência das Supremas Cortes brasileira e norte-americana,³³ além de ser o senso comum na doutrina brasileira.

Todavia, a perspectiva de que as Constituições escritas exigem um único intérprete afastado das pressões da política eleitoral, de maneira que, onde quer que haja efetiva supremacia da Constituição, caberá ao Judiciário ditar o seu sentido de forma

²⁹TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na America**. 2. ed. - São Paulo : Itatiaia: Ed. Universidade de São Paulo, 1977.

³⁰HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 1.

³¹ Conferir LAZARE, Daniel. “America the Undemocratic”. **New Left Review** 232 (1998): 3-31.

³² O termo será mais bem explicado no item 1.2.2

³³ Cf. o próximo item.

não apenas obrigatória para os demais poderes, mas “final”, parece um formalismo estéril, porquanto desconectado da realidade das relações travadas entre os poderes. Com efeito, considerar que, diante da presença da supremacia da Constituição, a “*autoridade interpretativa do Judiciário é absoluta, ahistórica e efetiva politicamente*” somente se afigura procedente caso também se acredite que a interpretação da Constituição é uma atividade puramente jurídica, ou seja, uma atividade técnica que se resume a aplicar o instrumental da hermenêutica constitucional ao texto constitucional.³⁴

Porém, dada a abrangência dos conflitos tratados pelas Constituições contemporâneas e pelas Supremas Cortes, não parece crível sustentar que a interpretação da Constituição seja apenas direito, vale dizer, uma atividade exclusiva dos juristas. Ao revés, nítida é a importância da política, das instituições políticas e da sociedade civil organizada na construção de respostas para a solução de problemas constitucionais complexos.

Além disso, já Alexander Hamilton, um dos grandes artífices da *judicial review*, afirmava que o Judiciário é “o menos perigoso dentre os poderes”, pois não tem a “espada nem a chave do cofre”.³⁵ Desta forma, não deve causar surpresa o fato de o Judiciário não ter condições para reagir às mais sérias investidas dos poderes políticos aos direitos fundamentais, como, p. ex, na hipótese da instituição de um regime autocrático.³⁶ Conforme será destacado, mesmo em um regime democrático os poderes políticos contam com instrumentos de reação a interpretações judiciais indesejadas que não são percebidos pela teoria jurídica convencional.

Portanto, se a supremacia da Constituição e a positivação formal da jurisdição constitucional não constituem condições suficientes para a expansão do Judiciário, convém perquirir as condições e os limites que pautam este fenômeno. Nesta esteira,

³⁴ WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy – the Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. history**. New Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 25/26.

³⁵ HAMILTON, Alexander, JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Campinas: Russel Editora, 2003, verbete n. 78 (pp. 469/477).

³⁶ Ilustra singularmente o exposto, a veemente reação do saudoso Ministro Nelson Hungria em face das acusações de setores da imprensa de que o STF não teria oferecido a resistência devida à ditadura militar que se instalou no Brasil a partir do golpe de 1964: “Contra o fatalismo histórico dos pronunciamentos militares não vale o Poder Judiciário, assim como não vale o Poder Legislativo. Esta é que é a verdade, que não deve ser obscurecida por aqueles que parecem supor que o Supremo Tribunal Federal, ao invés de um arsenal de livros de direito, disponha de um arsenal de schrapnels e de torpedos.” V. COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**, p.135.

buscaremos conectar a historiografia do direito constitucional,³⁷ a filosofia do direito,³⁸ a teoria constitucional³⁹ e a ciência política⁴⁰ contemporâneas, visto que cada uma traz valiosos aportes sobre o tema em apreço, os quais, entretando, permanecem em boa medida desconectados pela falta de “diálogo” entre tais disciplinas.

Assim, o objetivo principal da primeira parte do trabalho é recontar a história da supremacia judicial de uma forma menos idealizada do que a exposta pelas Supremas Cortes norte-americana e brasileira, cujas principais decisões nesse particular serão sumariadas no próximo item. Após serem identificados os pressupostos para a expansão do Judiciário e a evolução do sistema político-institucional brasileiro e da jurisprudência do STF, buscaremos, na segunda parte do trabalho, examinar as principais críticas à supremacia judicial, para, em seguida, empregar a doutrina dos diálogos constitucionais com vistas a obter teoria que, a um só tempo, seja mais próxima das relações efetivamente travadas entre o Judiciário e os poderes políticos, e

³⁷ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, 2001. Id. **Los derechos fundamentales: apuntes de la historia de las constituciones**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005. COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: Editora UNESP, 2006. RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal**. (vol. I a IV). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.

³⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

³⁹ Cf. BAUMAN, Richard W; KAHANAM Tsvi. **The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. KRAMER, Larry. **The People Themselves – Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford University Press: Oxford, 2004. SUNSTEIN, Cass. R. **One Case at a Time – Judicial Minimalism in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001; TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2008. FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues – interpretation as a political process**. Oxford: Princeton University Press, 1988. PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System**. Durham: Duke University Press: 2004. POST, Robert; SIEGEL, Reva. **“Democratic Constitutionalism and Backlash”**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. Vol. 42. GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. (trad. Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2006. ESKRIDGE Jr., William N. **“Overriding Supreme Court Statutory Decisions**. Yale Law Journal, v. 101, n. 2, p. 331-417, 1991.

⁴⁰ Cf. GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies – Constitutional Courts in Asian Cases**. USA: Cambridge University Press, 2003. HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007. WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. BARNES, Jeb. **Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations**. Stanford: Stanford University Press, 2004; FRIEDMAN, Barry. **“The Politics of Judicial Review”**. Texas Law Review, vol. 84, n. 2, 2005. MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

que dê uma resposta satisfatória para os problemas de legitimidade democrática decorrentes da expansão do Judiciário.

1 - APRESENTAÇÃO DO OBJETO DA INVESTIGAÇÃO

1.1 A afirmação da supremacia judicial

1.1.1 Os precedentes das Supremas Cortes brasileira e norte-americana

As Supremas Cortes dos EUA brasileira e norte-americana se autointulam as últimas intérpretes das respectivas Constituições, conforme revelam, especialmente, as decisões proferidas na ADI n. 2860⁴¹ e no caso *City of Borne v. Flores*.⁴²

A primeira ação se referia à existência de foro por prerrogativa de função para o julgamento de processos criminais em face de ex-detentores de cargos públicos, questão que, diante do reiterado silêncio das Constituições brasileiras, tem recebido soluções distintas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, o STF entendeu que o foro especial se mantinha após o indivíduo deixar o cargo, independentemente de o ato ensejador do processo relacionar-se, ou não, com o exercício do respectivo *munus* público, bastando que fosse praticado “durante o exercício funcional”.⁴³ Ocorre que o Supremo cancelou a referida súmula,⁴⁴ sem que tenha havido alteração no texto constitucional interpretado.⁴⁵ Passou então o Tribunal a rejeitar o foro especial aos ex-detentores de cargos públicos, mesmo que o respectivo

⁴¹ Julgada em conjunto com a ADI n. 2797 (STF), DJ 19.12.2006.

⁴² 521 US 507 (1997). Cf. MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. New York: Foundation Press, 2003, p. 1314 et. seq.

⁴³ Tal entendimento se consolidou na Súmula n. 394, editada sob a égide da Constituição de 1946, assim vazada: “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

⁴⁴ STF, INQ. 687/QO, RTJ 179/912, p. 938.

⁴⁵ De fato, apesar de o Relator haver reconhecido a relevância da tese que prevalecera durante anos no órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, rechaçou o argumento - até então acolhido - de que a persistência do foro por prerrogativa após o encerramento da função pública seria fundamental à garantia do livre desempenho do cargo. Inversamente, o Tribunal passou a atribuir maior peso aos fundamentos que suportavam a tese então minoritária. Cite-se, por exemplo, a circunstância de as Constituições brasileiras não terem estabelecido, expressamente, o foro por prerrogativa para ex-detentores de função pública, o acúmulo de processos no STF, o fato de a competência especial consistir em prerrogativa e não em privilégio, protegendo, assim, o cargo, e não a pessoa, a excepcionalidade do foro privilegiado em um regime republicano, do que decorre a necessidade de interpretá-lo restritivamente, os poucos exemplos buscados no direito comparado etc.

ato tenha sido praticado no exercício de função pública, como propunha, em voto vencido, o Ministro Sepúlveda Pertence.⁴⁶ Contudo, no “apagar das luzes” do governo Fernando Henrique Cardoso foi editada a Lei n. 10.628/2008, que positivou a concepção do Ministro Sepúlveda Pertence, a qual, ao limitar o foro especial aos “atos administrativos do agente”, se colocava em um ponto intermediário entre as teses adotadas pela composição majoritária do STF no presente e no passado.⁴⁷

O Ministro Pertence, acompanhado pela maioria da Corte, julgou procedente a ADI n. 2860, proposta em face da Lei n. 10628/2002, sobretudo por considerar necessária a sublimação da sua opinião sobre a questão de fundo, para preservar as competências do STF em face de intrusões do Legislativo. A propósito, três argumentos principais foram utilizados na fundamentação do seu voto: a lei em análise, por ter como “objeto imediato” prover uma determinada interpretação à Constituição, padeceria de *inconstitucionalidade formal*, “*ínsita a qualquer norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma de hierarquia superior*”.

Além disso, apresentaria vício de *inconstitucionalidade material* lei que se destinasse a alterar a interpretação dada pelo STF à norma constitucional, pois, havendo a própria Constituição conferido ao STF o elevado mister de ser o seu guardião (art. 102, *caput*, CF/88), as decisões desse Tribunal em matéria de interpretação constitucional não poderiam ficar à mercê do referendo do legislador ordinário. Por fim, deduziu argumento que sintetiza os anteriores: *admitir a validade de lei frontalmente contrária à jurisprudência constitucional do STF equivaleria a liberar o legislador dos limites constitucionais que deveriam constranger a sua discricionariedade, tornando inviável a supremacia da Constituição sobre as leis e o Estado de Direito*.

Na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA também são encontradas decisões nas quais se nega a possibilidade de o legislador ordinário reverter a sua interpretação constitucional. A mais enfática dessas decisões foi proferida no caso *City of Boerne v.*

⁴⁶ Além do Ministro Nelson Jobim, os Ministros Néri da Silveira e Ilmar Galvão, que acompanharam a divergência.

⁴⁷ Confira a redação atribuída pela lei em comentário ao parágrafo 1 do art. 84 do Código de Processo Penal: “a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício de função pública.”

Flores, no qual se apreciou a validade de lei que visava a afastar o precedente fixado em *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*.⁴⁸

Em *Smith*, a Suprema Corte reformara decisão da Justiça do Estado de Oregon que concedera benefícios de desemprego a funcionários que foram demitidos por usarem *peyote* em cerimônias religiosas, sob o argumento de que a lei vedara o uso dessa substância. Na ocasião foi acolhido, por maioria, o voto do conservador Justice Scalia, cujo argumento principal era de que a liberdade religiosa não exonera os indivíduos do cumprimento de normas contidas em leis gerais e neutras (i.e. vedação ao uso de drogas), sob pena de condicionar-se a obrigatoriedade de leis gerais à sua conformidade às convicções religiosas dos seus destinatários, o que conduziria a verdadeira anarquia, especialmente em uma nação cosmopolita como os EUA. Desta forma, o controle da constitucionalidade de leis gerais restritivas à liberdade religiosa não precisaria se submeter à rigidez do *strict scrutiny*, que exige a demonstração da adoção da medida menos restritiva dentre as igualmente aptas para a concretização de um interesse público cogente (*compelling governmental interest*). Assim, o Tribunal expressou confiança na capacidade de o legislador impor restrições às liberdades fundamentais quando reputar necessários para proteger o interesse público.⁴⁹

Por sua vez, a Justice O'Connor liderou a divergência, sob o argumento principal de que, não apenas as normas específicas, mas também as leis que instituem obrigações gerais podem impor aos cidadãos deveres que violam as suas convicções religiosas. Tendo em vista a Primeira Emenda ter qualificado a liberdade religiosa como uma atividade constitucional preferencial, lei, ainda que geral, que impuser restrição

⁴⁸ 494 US 872 (1990). V. V. MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. Op. Cit., p. 1298 et seq.

⁴⁹ Com efeito, a submissão de leis gerais restritivas às liberdades fundamentais a parâmetro menos exigente de controle de constitucionalidade revela a preferência de uma Suprema Corte conservadora por interesses da coletividade sobre direitos individuais (in casu ordem pública versus liberdade de religião), bem como o entendimento de que tais princípios serão mais bem sopesados pelo Parlamento, através de normas gerais, do que por uma ponderação casuística do Judiciário (defesa de uma postura de autorrestrrição judicial em detrimento de métodos ativistas). A propósito da possibilidade de a deliberação parlamentar gerar risco de opressão de minorias religiosas pela maioria, Scalia salienta que esta "inevitável consequência do governo democrático deve ser preferida a um sistema em que cada consciência é uma lei para si próprio ou àquele em que os juízes sopesam a importância social de todas as leis em face da centralidade das convicções religiosas." Ibid., p. 1302.

substancial a tal direito, deveria se submeter ao rigoroso teste judicial do *strict scrutiny*.⁵⁰

Se o Justice Scalia pretendia causar reação nos demais poderes e na sociedade americana, ele não poderia ter agido melhor.⁵¹ Com efeito, a decisão em *Smith* gerou coalizão sem precedentes entre progressistas e conservadores, entre políticos, acadêmicos e operadores do direito, entre os governos federal e estaduais, chegando a ser apelidado de o “*caso Dred Scott da 1 Emenda*.”⁵² Como consequência da virulência da oposição a *Smith*, foi aprovado o *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)*, lei federal que, em sua seção três, *expressamente revertera a decisão proferida pela Suprema Corte em Smith*, ao submeter leis gerais restritivas à liberdade religião a um escrutínio judicial estrito, na forma do “*Sherbert test*”.

Essa frontal oposição a *Smith* foi examinada pela própria Suprema Corte quando do julgamento de *City of Boerne v. Flores*. No caso, o Arcebispo Flores teve o seu pedido de licenciamento de obra em Igreja indeferido pelas autoridades administrativas da Cidade de Boerne, no Texas, com base em norma local que se destinava a preservar o patrimônio histórico-cultural da cidade.

O pleito de revisão da decisão, deduzido com fundamento em violação ao RFRA, foi rechaçado. Isto porque a Suprema Corte entendeu que o RFRA seria inconstitucional, pois, ao superar o *holding* no caso *Smith*, representou tentativa do Congresso Nacional de corrigir a sua interpretação sobre a liberdade religiosa. Assim, o Congresso não se ateu a “dar cumprimento” (*enforcement*) às provisões da 14 Emenda,

⁵⁰ Relembra a Justice O’Connor que a necessidade de sensível controle contramajoritário sobre tais leis gerais se justificaria em razão de a história ter demonstrado “o severo impacto que a regra da maioria teve sobre grupos religiosos minoritários ou emergentes, como as Testemunhas de Jeová (...)”

⁵¹MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. Op. Cit., p. 1311.

⁵² No tragicamente famoso caso *Dred Scott vs. Sandford*, a Suprema Corte dos EUA julgou improcedente demanda de escravo que postulava a sua libertação, tendo em vista a sua passagem por território livre (mercê do *Missouri Compromise*). Extrai-se da fundamentação do acórdão, basicamente, três fundamentos: (i) os negros não eram considerados cidadãos norte-americanos, pelo que não poderiam postular a salvaguarda de direitos previstos na Constituição; (ii) a Corte deveria respeitar a lei do Missouri que considerava Dred Scott escravo não obstante a sua passagem por território livre; e (iii) o *Missouri Compromise* excedera os poderes do Congresso, na medida em que, sem observar o devido processo legal, se imiscuía no direito de propriedade do “dono” do escravo. 60 US (19 How) 393 (1857). Cf. HALL, Kermit L. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**, Oxford University Press, New York, 1999.

conforme previsto em sua Seção Cinco, antes se destinando a (re)configurar o conteúdo constitucional da liberdade religiosa, providência que competeria apenas ao Judiciário.⁵³

Caso se admitisse que o Congresso quebrasse o monopólio da Corte na identificação dos direitos fundamentais, dever-se-ia igualmente reconhecer que a Constituição deixara de ser a norma suprema, e que os poderes do Legislativo seriam ilimitados. Na esteira do raciocínio do *Justice Marshall* no célebre caso *Marbury v. Madison* - recorrentemente citado no acórdão -, se o sentido da Constituição pudesse ser alterado por lei ordinária, a um só tempo, a Constituição se igualaria, no plano hierárquico-normativo, às leis, e a limitação do Legislativo pela Constituição nada mais seria que uma vã tentativa dos constituintes, já que o próprio Parlamento definiria os limites a que deveria estar sujeito, convolvendo-se em autor do seu próprio poder.⁵⁴ Ademais, a história político-institucional dos EUA, ademais, comprovaria que a Constituição - e o ideal de governo limitado que lhe é subjacente - são mais bem respeitados quando cada poder age dentro do seu espectro de competências.

*Desta forma, a Supreme Court, da mesma forma que o STF no caso do “foro por prerrogativa de função”, considerou que lei superadora de decisão sua em matéria constitucional necessariamente desrespeitaria a supremacia da Constituição e o Estado de Direito, tendo sido declarada inconstitucional.*⁵⁵

⁵³ Na hipótese em análise o Congresso considerou que leis gerais poderiam interferir no livre exercício da liberdade religiosa, direito que fora negado pela Corte.

⁵⁴ Não se negou que competisse ao Legislador interpretar a Constituição, mas apenas se afirmou que ele deve fazê-lo de acordo com as limitações constitucionais (leia-se: às decisões da Suprema Corte em matéria constitucional).

⁵⁵ DEVINS, Neal. “How not to challenge the Court. (U.S. Supreme Court) (Symposium: Reflections on *City of Boerne v. Flores*). **William and Mary Law Review**, v. 39, n. 3, pp. 645/664, 1998.

Saliente-se que em *City of Boerne* salta aos olhos intrigante paradoxo: a Suprema Corte afirmou a supremacia da sua decisão em *Smith*, que, por sua vez, confere não a ela, mas ao legislador uma liberdade quase ilimitada de configuração da liberdade religiosa, quando em potencial conflito com interesses coletivos. Por outro lado, invalidou norma (o RFRA) no qual o legislador desejava submeter as suas próprias leis a um parâmetro de controle judicial de constitucionalidade mais rigoroso (strict scrutiny). Ocorreu, portanto, uma espécie de “conflito negativo de competências”: enquanto o Judiciário entendeu competir, prioritariamente, ao Legislativo o sopesamento da liberdade religiosa com o interesse público, o Legislativo concebeu tal atividade como eminentemente judicial. Esse curioso ativismo garantidor de postura de autorrestrrição judicial pareceu decorrer da incompreensão - ou, talvez, da não-aceitação - do (pelo) Legislador do papel tímido que a Corte de *Rehnquist* se atribuiu.

Note-se que os paradoxos de *Flores* não param por aí: o fundamento para a atribuição de um “cheque em branco” ao legislador em matéria de liberdade religiosa foi *Marbury v. Madison*, precisamente o mais célebre precedente de limitação do Legislativo mediante o controle de constitucionalidade!

Curiosamente, outra enfática afirmação da supremacia judicial se deu no caso *Cooper v. Aaron*,⁵⁶ julgado pela progressista *Corte de Warren*. Na hipótese, ao invés de se verificar resistências no *Congresso Nacional* a propósito da interpretação constitucional levada a cabo pela Suprema Corte (como em *City of Boerne*), quem resistia à determinação de desegregação racial nas escolas públicas (*Brown v. Board of Education*)⁵⁷ foram os *Poderes Executivo e Legislativo estaduais*. Em *Cooper v. Aaron* se discutia a constitucionalidade da decisão da escola de Little Rock, no Arkansas, de suspender por dois anos e meios um já lento programa de desegregação racial, diante dos tumultos gerados após a tentativa da primeira criança afro-americana ter aulas na escola, em boa parte estimulados pelo próprio governo estadual.⁵⁸

Na ocasião a Suprema Corte afirmou, acertadamente, que “*os direitos constitucionais dos réus não podem ser sacrificados pela violência e desordem que se seguiu às ações do governador e dos legisladores*”, e, assim, desproveu o recurso da escola. Especificamente quanto ao argumento de que o governador não estaria vinculado à decisão proferida em *Brown*, a Corte afirmou que em *Marbury v. Madison*

(se) declarou o princípio básico de que o Judiciário federal é supremo na exposição da Constituição, e que tal princípio desde então tem sido respeitado pela Corte e pelo país como uma característica permanente e indispensável do nosso sistema constitucional. Daí segue que a interpretação da décima quarta emenda enunciada por esta Corte no caso Brown é a lei suprema do país, e o art. 6 da Constituição (cláusula da supremacia da Constituição) torna tal decisão vinculante para os Estados.”⁵⁹(grifei)

A leitura das decisões proferidas pelas *Cortes de Renquist e de Warren* revela que a supremacia judicial é em si oca, na medida em que ela pode ser usada tanto para o órgão de cúpula do Judiciário fazer prevalecer uma visão coletivista sobre a relação Estado-indivíduo e uma primazia institucional do Legislativo na definição do conteúdo dos direitos individuais (*City of Boerne*), quanto para o oposto, ou seja, para estabelecer uma perspectiva individualista na relação Estado-indivíduo e uma primazia institucional do Judiciário na concretização dos direitos individuais (*Cooper*).

⁵⁶ 358 US 1 (1958).

⁵⁷ 374 US 483 (1954).

⁵⁸ O governador do Arkansas convocou as forças policiais para barrar a entrada da referida criança, além de os legislativos estaduais terem se unidos na edição de normas que tinham por finalidade anular *Brown*. V. MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. Op. Cit. p. 380 et. seq.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 382.

1.1.2 Esclarecimentos conceituais: monopólio judicial, supremacia judicial, controle de constitucionalidade, judicialização da política, ativismo judicial e departamentalismo

Neste ponto, cumpre esclarecer alguns conceitos fundamentais à exata compreensão do significado e da extensão das decisões em foco, e dos problemas por elas levantados. Admitir que o só-fato de lei conferir determinada interpretação à Constituição a condena ao vício de inconstitucionalidade significa negar que exista interpretação constitucional fora das Cortes, atribuindo-se ao Judiciário um “monopólio” ou uma “exclusividade” na interpretação constitucional. Por outro lado, admitir que a superação legislativa de jurisprudência constitucional do STF padece de inconstitucionalidade, embora tolere que o Legislador também interprete a Constituição, confere nesse particular a última palavra ao STF, adotando-se uma “supremacia judicial”.⁶⁰ Ambas as teses foram acolhidas pela maioria do Tribunal na ADI n. 2860, muito embora tais concepções teóricas sejam incompatíveis.⁶¹

A supremacia judicial é, portanto, um *minus* em relação ao monopólio judicial, pois, enquanto a última afirma que a atividade de interpretação da Constituição deve ser desempenhada, exclusivamente, pelo Judiciário, a primeira admite que os outros Poderes interpretem a Constituição, ressalvando, porém, que a exegese judicial é a final. Em outras palavras: o monopólio judicial confere ao Judiciário a única palavra em matéria de interpretação constitucional (uma espécie de “reserva judicial”), enquanto a “supremacia judicial” admite que o Legislador tenha a primeira palavra, conferindo, porém, ao Judiciário a última.

Por outro lado, deve-se distinguir o controle de constitucionalidade⁶² da supremacia judicial. O primeiro consiste no poder de as Cortes invalidarem leis por reputarem-nas em contradição com a Constituição, seja incidentalmente à resolução de um caso concreto, seja em tese (controles incidental e abstrato, respectivamente). Embora o controle de constitucionalidade - ao menos segundo a sua tradicional acepção

⁶⁰ FISS, Owen. **Between Supremacy and Exclusivity**. Op. cit.

⁶¹ NAGEL, Robert. Judicial supremacy and the settlement function. (Symposium: Reflections on City of Boerne v. Flores) **William and Mary Law Review**, v. 39, n. 3, pp. 849/864, 1998.

⁶² Utilizam-se as expressões controle de constitucionalidade, *judicial review* (ou revisão judicial) e jurisdição constitucional como sinônimas, para designar a possibilidade de o Judiciário declarar leis inconstitucionais. Quando as diferenças a respeito dos modelos e modalidades de controle de constitucionalidade importarem para o argumento, haverá menção expressa à acepção a que se refere.

- implique a exigência de que os demais agentes públicos observem a decisão proferida pelo Judiciário sobre determinada controvérsia ocorrida no passado ou sobre a validade de uma norma também em um lapso de tempo no passado, com ele não se confundendo a obrigatoriedade do Legislativo e dos demais destinatários da norma constitucional adotarem a interpretação judicial da Constituição como um limite para a sua atuação futura.⁶³

A bem da verdade, a tese segundo a qual a exegese do Judiciário constitui um “precedente vinculante” para a subsequente interpretação constitucional perpetrada pelos departamentos estatais (especialmente pelo Parlamento) e pela sociedade civil é, precisamente, a supremacia judicial (em sentido estrito). Segundo tal concepção, em todas as questões constitucionais que possam ser submetidas aos Tribunais, o sentido que os juízes atribuíram à Constituição deve ser compreendido como definitivo não apenas para o passado (se não houver modulação de efeitos), como igualmente para o futuro, seja no âmbito do próprio Judiciário, seja no âmbito dos demais “poderes” e da sociedade. Desta feita, a regra geral extraída da decisão da Suprema Corte integraria o “bloco de constitucionalidade”, assim entendido o conjunto de normas que serve de parâmetro para a aferição da legitimidade da atuação dos poderes constituídos e dos cidadãos.⁶⁴ Ademais, tal precedente judicial somente poderá ser superado por decisão da própria Corte Suprema, ou por Emenda Constitucional que altere a norma constitucional que serviu de lastro normativo à decisão,⁶⁵ conforme se afirmou tanto no caso do “foro por prerrogativa de função” como em *City of Boerne*.

Desta forma, a partir das lentes da supremacia judicial, lei que contrarie interpretação constitucional da Corte Suprema deve ser reputada inconstitucional independentemente do exame do seu conteúdo - como se se tratasse de “questão preliminar”, na acepção processual -, como considerou a composição majoritária do STF ao reputar que a Lei n. 10.628/2008 apresentava vício de inconstitucionalidade formal. Essa tese acaba por conferir às decisões de inconstitucionalidade da Corte

⁶³ MURPHY, Walter F. “Who Shall Interpret? The Quest of Ultimate Constitutional Interpreter”, **Review of Politics**, 48 (1986): 407. O foco do presente trabalho está nas relações travadas entre a Suprema Corte e o Parlamento no âmbito da interpretação e aplicação da Constituição. Assim, a influência da atuação do Poder Executivo e de atores privados só será analisada incidentalmente, quando for relevante para o objeto central da tese.

⁶⁴ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. (3 reimpressão). Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 919/926.

⁶⁵ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. X.

Suprema não apenas o efeito de invalidar a lei impugnada, mas também o efeito reflexo de atribuir ao Congresso Nacional o dever de não legislar sobre a matéria, já que ele estaria impedido de aprovar, no futuro, lei que veicule interpretação contrária à proferida pelo Tribunal.

Todavia, cumpre distinguir as acepções formal e material que a supremacia judicial pode assumir. Formalmente, a supremacia judicial significa que as interpretações constitucionais da Suprema Corte só podem ser revertidas por emenda constitucional, não se admitindo que lei ordinária possa fazê-lo. Materialmente, a supremacia judicial consiste no fato de as decisões constitucionais da Suprema Corte serem, via de regra, finais, diante da dificuldade prática de os poderes políticos e de atores da sociedade civil mobilizarem os instrumentos institucionais aptos a superar o entendimento da Suprema Corte.⁶⁶ Inequívoco, portanto, é o vínculo entre supremacia judicial e dificuldade do processo de reforma constitucional, compreendida a última não apenas como o rigor formal do procedimento, mas também como a efetiva dificuldade de aprovação de uma alteração formal à Constituição.⁶⁷ Por exemplo, em um regime em que a única possibilidade prática de superar entendimento constitucional da Suprema Corte é aguardar a mudança da sua composição ou do seu entendimento, há supremacia judicial em sentido material.⁶⁸

Já a judicialização da política consiste no

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Este ponto pode ser ilustrado pela comparação entre as experiências francesa e brasileira. Cotejando-se o art. 89 da Constituição da Quinta República Francesa, editada em 1958 no governo de Gaulle, com o art. 60, da Constituição Brasileira de 1988, constata-se que os processos de reforma constitucional a cargo do Parlamento estão sujeitos a rigores procedimentais relativamente próximos (apreciação por ambas as Casas Legislativas pelo quorum de três quintos, sendo que o modelo brasileiro exige ainda dois turnos de votação). Enquanto no Brasil tais rigores procedimentais não foram suficientes para limitar o número de emendas (foram aprovadas nada menos que setenta emendas – contadas as seis de revisão – em vinte e um anos), na França, a história tem sido outra. Com efeito, tendo em vista o Senado representar as populações rurais mais conservadoras, tal instituição se revela avessa a mudanças, exercendo o seu poder de veto para bloquear projetos de emenda constitucional, em especial aqueles de caráter mais progressista. Esta circunstância, somada às divisões existentes entre os principais partidos políticos e mesmo no âmbito interno de cada um deles, evidencia a dificuldade de atingir-se na França a supermaioria parlamentar necessária à aprovação de reformas constitucionais. Como corolário, segundo o levantamento feito por Guy Carcassone, foram aprovadas somente oito emendas constitucionais no período entre 1958 e 1994, a maioria delas referentes a questões de relevância e de conflituosidade política reduzidas. CARCASSONE, Guy. *Constitutional Change in France*. In: **Constitutional Policy and Change in Europe**. HESSE, Joachim Jens; JOHNSON, Nevil (org.). Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 166 et seq.

⁶⁸ KRAMER, Larry. **The People Themselves – Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford University Press: Oxford, 2004.

*processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo.*⁶⁹.

O ativismo judicial, por sua vez, é a “*escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição*”, que permite “*uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.*”⁷⁰ Conforme percebeu o historiador Arthur Schlesinger, em artigo seminal publicado na Revista Fortune em 1947, este avanço dos juízes se deve ao emprego de normas e métodos fluidos, que lhes permite obter a solução para o caso concreto que produza resultados que otimizem, a seu ver, as normas constitucionais. Já os críticos do ativismo (defensores do *judicial self-restraint*) consideram que é dever do Judiciário aplicar o direito (ao invés de criá-lo), razão pela qual optam por uma metodologia mais rígida (i.e. regras e subsunção em detrimento de princípios e da ponderação), que deixa um amplo espaço para o Legislador tomar decisões sobre a concretização da Constituição, reduzindo, via de consequência, o âmbito de atuação do Judiciário.⁷¹

Todavia, o uso do termo “ativismo judicial” para designar apenas o emprego de normas e de métodos fluidos com um *animus* criativo revela um conceito ambíguo que, em seu amplo uso no debate constitucional norte-americano,⁷² tem se traduzido em pouco mais do que uma crítica a - suposta - invasão do Judiciário a domínios constitucionalmente reservados a outros poderes,⁷³ tendo-se em mira, sobretudo, o ativismo progressista da Corte de Warren. Entretanto, o ativismo judicial não se refere apenas à adoção de uma postura progressista do Judiciário na tutela de direitos

⁶⁹ TATE, C. Neal. “Why the Expansion of Judicial Power”. In: “**The Global Expansion of Judicial Power**”. TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. New York: New York University Press, 1995, p. 28. A outra vertente da “judicialização da política” se refere à incorporação de procedimentos e de modos de decidir tipicamente jurídicos por fóruns de decisão não judiciais. Todavia, dados os objetivos do presente capítulo, iremos nos ater a primeira vertente.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. “**Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**”. Mimeo, p. 10/11.

⁷¹ V. KMIEC, Keenan D. “The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**. Vol. 92: No. 5 (Oct., 2004), p. 1446 et. seq.

⁷² Segundo Keenan Kmiec, “durante os anos noventa, os termos “ativismo judicial” e “ativista judicial” foram citados em nada menos que três mil, oitocentos e quinze artigos publicados em revistas jurídicas e periódicos em geral.” Id., p. 1442.

⁷³ MARSHALL, William P. “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism”. **University of Colorado Law Review**, Vol. 73, 2002, p.101/102.

fundamentais, podendo, inversamente, assumir um viés conservador, como revelam as já citadas decisões proferidas pela Suprema Corte dos EUA nos casos *Dred Scott v. Sanford* e *Lochner v. New York*.

Visando a definir mais concretamente os contornos do conceito, autores vêm buscando categorizar as hipóteses de ativismo segundo os seus resultados. Adaptando-se a classificação de William Marshall⁷⁴ às especificidades da jurisprudência constitucional brasileira, podem ser identificadas as seguintes hipóteses de ativismo: (i) afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado; (ii) criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão; (iii) invalidação de norma legal ou administrativa; (iv) criação ou alteração de norma constitucional; (v) imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e/ou Executivo; (vi) pouca deferência a precedentes.⁷⁵

Note-se que a combinação entre os fenômenos da supremacia judicial em sentido estrito, da judicialização da política e do ativismo judicial dá azo à supremacia judicial em sentido amplo. Explica-se: caso se verifique na experiência constitucional de determinado país uma associação entre (i) o condicionamento da reversão da jurisprudência constitucional da Suprema Corte à reforma constitucional, especialmente na hipótese em que tal procedimento for difícil, (ii) a submissão de virtualmente todas as questões políticas importantes ao Judiciário, e (iii) a disposição dos juízes de estabelecerem normas jurídicas ou deveres de agir com base em normas e raciocínios fluidos, cria-se um cenário ideal para o irromper da supremacia judicial em sentido amplo. Com efeito, na hipótese o Judiciário dará a “última palavra” sobre as questões constitucionais mais conflituosas e relevantes, definindo - para o passado, para o presente e para o futuro - o sentido da Constituição de forma vinculante a todos os órgãos públicos e atores privados.

Saliente-se, por fim, que os departamentalistas, ao contrário dos adeptos da supremacia judicial, negam que haja um único intérprete final para todas as questões constitucionais, na medida em que postulam que cada departamento estatal tem igual autoridade para interpretar a Constituição.⁷⁶ Há, basicamente, duas variações da teoria: i) supremacia departamental, segundo a qual cada departamento estatal goza de

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ver item 4.3.

⁷⁶ MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. Op. cit..

autoridade para proferir a palavra final sobre a interpretação de determinado subsistema constitucional; ii) interpretação coordenada, que postula a igualdade de cada departamento estatal na interpretação de qualquer norma constitucional, de maneira que o sentido da Constituição é determinado por uma interação complexa entre os “poderes”.⁷⁷

A forma pela qual se expressa tal igualdade interpretativa varia dentre os adeptos da construção coordenada: (i) Paulsen sustenta a não obrigatoriedade das decisões judiciais aos departamentos estatais que com ela não concordem⁷⁸, (ii) Greene postula que as decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte produzam apenas efeitos *inter partes* (e não *erga omnes* ou vinculantes), de maneira a autorizar os demais departamentos estatais a seguirem a sua própria interpretação da Constituição em casos futuros,⁷⁹ (iii) Baker defende a possibilidade de o Parlamento aprovar lei ordinária idêntica à declarada inconstitucional ou contrária à interpretação constitucional da Suprema Corte (*legislative override*).⁸⁰

Não nos deteremos na refutação do monopólio judicial, à vista de haver forte confluência na doutrina e na jurisprudência brasileiras acerca de o legislador ter não apenas o poder, mas, sobretudo, o dever de interpretar a Constituição, seja ao tomar

⁷⁷ LIPKIN, Robert Justin. “Wich Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. *Cardozo Law Review*. Vol. 28: No. 3, 2006, p. 1093.

⁷⁸ PAULSEN, Michael Stokes. The Irrepressible Myth of Marbury. *Michigan Law Review*, 101, 2706 (2003).

⁷⁹ GREENE, Abner. **Against Interpretative Obligation (to the Supreme Court)**. Disponível em <http://law2.fordham.edu/publications/articles/500flspub7365.pdf>. Acesso em 01.02.2011.

⁸⁰ BAKER, Dennis. **Not Quite Supreme: The Courts and Coordinate Constitutional Construction**. Canada: McGill-Queen's University Press, 2010. A noção de igualdade interpretativa subjacente ao departamentalismo se inspira nos escritos de Madison, sobretudo nos mecanismos de freios e contrapesos (checks and ballances) engendrados para que o poder limitasse o poder, de maneira a evitar que um dos departamentos estatais ostentasse a condição de soberano. Singularmente ilustrativa desta postura é a carta escrita por Thomas Jefferson, em resposta à raivosa mensagem que lhe dirigiu Abigail, esposa de John Adams, que se revoltara por Jefferson ter anistiado os indivíduos que foram condenados, com base no Sedition Act, por supostamente terem difamado Adams:

“Você parece acreditar que os juízes foram incumbidos de decidir sobre a validade do “Sedition Act.” Mas nada na Constituição lhes deu o direito de decidir pelo Executivo, nem o Executivo pelo Judiciário. Igualmente os magistrados são independentes na sua esfera de ação. Os juízes, acreditando que uma lei é inconstitucional, têm o direito de proferir sentença neste sentido.

(...) Mas o Executivo, acreditando que a lei é inconstitucional, está obrigado a cancelar a sua execução, pois tal poder lhe foi confiado pela Constituição. Este instrumento determinou que os poderes devem ser freios uns aos outros. Mas a opinião de que o Judiciário tem o direito de decidir quais leis são constitucionais e quais não são, não apenas na sua esfera de ação, mas também nas esferas de atuação do Legislativo e do Executivo, convolaria o Judiciário num departamento despótico.”

V. *Annals of Congress* (1789), I., p. 521. V. MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. New York: Foundation Press, 2003, p. 283.

consciência das limitações constitucionais ao seu poder de legislar, seja na eleição da regra legal que repute mais apta a realizar os fins estabelecidos em princípios constitucionais.⁸¹ Por outro lado, a possibilidade de o Judiciário brasileiro exercer o controle de constitucionalidade, além de estar inserida na tradição constitucional brasileira, conta com posituação formal na Constituição de 1988 e amplo suporte doutrinário e jurisprudencial.

Desta forma, o foco do presente trabalho é a “doutrina da supremacia judicial”, que, além de consistir na principal tese acolhida na ADI 2860 e em *City of Boerne*, é o senso comum na doutrina constitucional brasileira. Nada obstante, percebe-se no debate acadêmico do direito brasileiro certa carência de estudos específicos que problematizem o tema - mesmo a expressão supremacia judicial ainda parece causar estranheza -,⁸² apesar do grande volume de doutrina produzida nos últimos dez anos acerca da legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil,⁸³ e o amplo debate travado nos EUA sobre a supremacia judicial.⁸⁴

⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

⁸² As exceções – que, aliás, confirmam a regra – são as recentes e pioneiras obras de Luís Roberto Barroso e do grupo de pesquisa coordenado por José Ribas Vieira e Vanice do Valle (ambas publicadas em 2010). BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível no site http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf; Acesso em 02.03.2011; SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

⁸³ Cite-se, por exemplo, os seguintes trabalhos: BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, Rio de Janeiro: Saraiva, 2004; BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros ed., 2002; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004; SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey 2002; BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁸⁴ ALEXANDER, Larry (org.). Constitutional rules, constitutional Standards, and constitutional settlement: *Marbury v. Madison* and the case for judicial supremacy. **Constitutional Commentary**, v. 20, 2003. BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori. “The Supreme Court and Congress. Reconsidering the relationship. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. BAUMAN, Richad; KAHANA, Tsvi. **The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. BRAGAW, Stephen G.; MILLER, Marck C. “The City of Boerne: an interbranch perspective”. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. DEVINS, Neal. “How not to challenge the Court. (U.S. Supreme Court) (Symposium: Reflections on City of Boerne v. Flores). **William and Mary Law Review**, v. 39, n. 3, 1998. DEVINS, Neal; WHITTINGTON, Keith. **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005. ESKRIDGE Jr., William N. “Overriding Supreme Court Statutory Decisions. **Yale Law Journal**, v. 101, n. 2, p. 331-417, 1991. FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues – interpretation as a political**

Diante da tradição formalista de considerar a supremacia judicial uma mera implicação lógica da supremacia da Constituição, percebe-se uma certa subteorização das questões relativas a saber “*quem é*” e “*quem deve ser*” o intérprete final da Constituição”. Inversamente, há uma certa saturação da discussão a respeito de “*como interpretar a Constituição*”, ou, em outras palavras, do método “correto” de interpretação constitucional. É, precisamente, sobre esta lacuna que essa tese visa a projetar algumas luzes, com a finalidade de fomentar o debate, pois não se tem a pretensão de dar-se a “última palavra” sobre questão tão complexa e ainda pouco abordada pela doutrina nacional.

Por fim, cumpre esclarecer que se optou por abordar a supremacia judicial em sentido amplo por acreditarmos que os seus elementos - supremacia judicial em sentido estrito, judicialização da política e ativismo judicial - se inserem, cada qual à sua maneira, no fenômeno da “expansão global do Poder Judiciário”, apresentando, portanto, condições facilitadoras e limites comuns. Desta forma, parece-nos que uma análise exclusiva do debate normativo ligado à supremacia judicial em sentido estrito deixa de capturar aspectos fundamentais à compreensão e ao tratamento do fenômeno.

1.2 Problematização da supremacia judicial e as hipóteses principais da tese

A análise combinada das decisões proferidas na ADI 2860 e em *City of Boerne v. Flores* revela que o Supremo Tribunal Federal e a *Supreme Court* se alinham na solução de questão semelhante, vale dizer: diante de leis que positivaram - total ou parcialmente - a sua jurisprudência superada, contida nos votos vencidos proferidos quando da fixação da orientação mais recente, os Tribunais consideraram que o

process. Oxford: Princeton University Press, 1988. FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. *Texas Law Review*, vol. 84, n. 2, 2005. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. KATYAL, Neal. *Legislative Constitutional Interpretation*. Disponível em <http://www.jstor.org/pss/1373024>. Acesso em 10.03.2010. LIPKIN, Robert Justin. What’s wrong with judicial supremacy? What’s right about judicial review? *Widener Law Review*, vol. 14, 2008, pp. 1-51. MARTEENS, Allison M. (2007): “Reconsidering Judicial Supremacy: From the Counter-Majoritarian Difficulty to Constitutional Transformations”. *Perspectives on Politics*, Vol. 5, No. 3, pp. 447-459. MURPHY, Walter F. “Who Shall Interpret? The Quest of Ultimate Constitutional Interpreter”, *Review of Politics*, 48 (1986): 407. PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System*. Durham: Duke University Press: 2004. POST, Robert; SIEGEL, Reva. “Democratic Constitutionalism and Backlash”. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Vol. 42. SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry. On Extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, v. 110, 1997, pp. 1359-1387. SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest Constitution. *California Law Review*, vol. 93, 2004, pp. 1045-1067.

Parlamento excedera os poderes que lhe foram constitucionalmente atribuídos, imiscuindo-se na seara reservada ao Judiciário. As Cortes sequer se dignaram a rever o juízo sobre a constitucionalidade de determinada diretriz normativa, antes reputaram as respectivas leis inconstitucionais pelo simples fato de serem contrárias às suas mais recentes interpretações da Constituição. Claro está que ambas as decisões perfilharam a tese da supremacia judicial em sentido estrito.

Note-se que o *principal fundamento das decisões é de natureza normativa*, e foi colhido na célebre decisão proferida no caso *Marbury v. Madison* - citada reiteradamente em ambos os casos. Em *Marbury v. Madison* o Justice Marshall sustentou, em síntese, que a possibilidade de o Judiciário declarar inconstitucional uma lei, apesar do silêncio da Constituição norte-americana nesse particular, seria um corolário da supremacia da Constituição sobre as leis, do Estado de Direito e da natureza legal da Constituição.⁸⁵

Com base em semelhante itinerário lógico, as Supremas Cortes norte-americana e brasileira extraíram dos mesmos pressupostos a supremacia judicial, que, como visto, é um *plus* em relação ao controle de constitucionalidade. Efetivamente, em *City of Boerne v. Flores* e na ADI 2860, as Cortes entenderam que a edição de lei contrária à sua interpretação constitucional violaria a supremacia da Constituição sobre as leis e o Estado de Direito, pois, a admitir-se lei deste teor, o Legislativo poderia definir o sentido das normas constitucionais que lhes deveriam servir de limite. De resto, a possibilidade de o Judiciário interpretar a Constituição com o efeito de impedir o legislador de, no futuro, editar norma em sentido contrário, foi compreendida como consequência natural da “natureza legal” da Constituição.

Além do argumento normativo, a decisão proferida pela Suprema Corte dos EUA no caso *City of Boerne v. Flores* se embasa em um *argumento histórico*, já que em sua fundamentação se encontra a assertiva de que a história nacional dos EUA comprovaria que o respeito à Constituição e ao Estado de Direito seria mais bem

⁸⁵ Com efeito, a supremacia da Constituição implicaria a invalidade de lei que lhe seja contrária, pois a admissão de que uma lei inconstitucional possa subsistir validamente na ordem jurídica significaria a prevalência da lei sobre a Constituição. Além disso, caso se atribuísse ao legislador plena liberdade de configuração da Constituição o resultado seria o caráter absoluto do seu poder, o que contrastaria com o ideal de limitação do poder estatal insito à cláusula do Estado de Direito. Por fim, sendo a Constituição a “lei” de maior hierarquia num ordenamento jurídico, a incompatibilidade entre uma lei ordinária e a Constituição assume a feição de um conflito entre normas jurídicas em sentido lato, de maneira que o seu deslinde consiste em atividade de interpretação do direito, província típica de atuação do Judiciário. Sobre o caso *Marbury v. Madison* ver a seção 2.1.

garantido caso se reconhecesse que a última palavra na interpretação da Constituição compete ao Judiciário, especialmente à Suprema Corte.

A principal hipótese desta tese é a de que as justificativas normativas e históricas apresentadas pelas Supremas Cortes norte-americana e brasileira para o suporte da supremacia judicial são incorretas. Com efeito, não se pode considerar que a supremacia judicial é uma dedução lógica da supremacia da Constituição, nem que ela se afigura presente de forma estável desde a implantação do controle de constitucionalidade, seja nos EUA, seja no Brasil (ou em qualquer outro país). Portanto, o desafio básico de qualquer estudo sobre a supremacia judicial consiste em desvendar o “mito de Marbury” reproduzido nas decisões em comento, isto é, questionar a ideia de que a autoridade do Judiciário para dizer a palavra final sobre o sentido da Constituição, inclusive para o futuro, seja um corolário natural do constitucionalismo.⁸⁶

Quanto ao argumento normativo, que - como visto - considera que a atribuição ao Judiciário da condição de último intérprete da Constituição é consequência natural da supremacia da Constituição sobre as leis, *um equívoco merece desde logo ser ressaltado*. Refere-se ao fato de que o sentido de um texto não pode ser dado pelo próprio texto, mas por alguém que lhe seja externo, na medida em que os proferimentos linguísticos têm os seus significados constituídos por atitudes e convenções sociais.⁸⁷ Os dispositivos legais não são diferentes: mesmo os comandos mais precisos (regras) não são bastantes em si; ao contrário, necessitam de uma instância externa para determinar o seu sentido.⁸⁸

Todavia, o aspecto realmente problemático da fundamentação da supremacia judicial a partir da supremacia da Constituição - que, evidentemente, é um texto normativo - se revela na aplicação judicial de princípios constitucionais. Com efeito, diante da sua imprecisão semântica, são frequentes os casos em que há um desacordo razoável entre instituições sobre a melhor interpretação de um princípio constitucional.⁸⁹ A defesa de que o Judiciário apresenta condições para tomar decisões

⁸⁶ WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy – the Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. history**. New Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 9.

⁸⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

⁸⁸ STRUCHINER, Noel. “Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: a dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico”. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 463/483.

⁸⁹ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

melhores do que os demais poderes na interpretação de toda e qualquer norma constitucional não é trivial, e certamente não se extrai de uma dedução lógica do texto da Constituição de 1988.

Assim, não se pode concordar com o Min. Carlos Mário Velloso, que afirmou que “o art. 84, p. 1, do CPP, na redação dada pela Lei n. 10.628/2002, afrontou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, afrontando, portanto, a Constituição”.⁹⁰ Tal assertiva - com a devida *vênia* ao eminente Ministro - parte de uma premissa juriscêntrica que vislumbra um vínculo normativo entre decisão do STF e Constituição, que é, absolutamente, inexistente.⁹¹ Essa mítica associação entre os pronunciamentos do STF e o poder constituinte lembra a metáfora de Hermes, semi-Deus grego que, por intermediar a linguagem dos deuses e dos mortais, tornou-se tão poderoso que “*nunca se soube o que os deuses diziam, somente se soube o que Hermes dizia que os deuses diziam.*”⁹²

É flagrante o risco de o Judiciário, a pretexto de interpretar a Constituição - já que esta lhe conferiu a competência para protegê-la -, atuar como substituto do poder constituinte, dotando as suas decisões de uma eficácia inclusive superior à das normas constitucionais.⁹³ Em outras palavras, atribuir ao Judiciário a função de intérprete autêntico da Constituição - na medida em que dotado de um acesso especial a vontade constituinte -, cujas decisões são incontrastáveis, significa transformar a supremacia da Constituição em “*uma instância de justificação que ganha independência e fecha acesso à sua própria justificação*”,⁹⁴ de modo a legitimar toda e qualquer decisão do

⁹⁰ Vejam-se os seguintes trechos do voto do Min. Carlos Velloso na ADI 2860:

“O Supremo Tribunal Federal é o intérprete maior da Constituição. (...) O art. 84, p. 1, do CPP, na redação dada pela Lei n. 10.628/2002, afrontou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, afrontando, portanto, a Constituição. É que a revogação da súmula n. 394, pelo Supremo, se fez mediante a interpretação da Constituição pelo seu guardião-maior.”

⁹¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. “Democratic Constitutionalism and Backlash”. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. Vol. 42.

⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 462.

⁹³ Já que as decisões do STF em controle abstrato ou que tenham se convolado em súmula vinculante possuem efeitos *erga omnes* e vinculantes, de maneira que, caso juízes, Tribunais e órgãos administrativos tomem decisões em sentido contrário ao precedente do STF, caberá reclamação diretamente ao STF. Cuida-se de eficácia, a princípio, mais forte do que a produzida pela própria lei, pois se o juiz deixar de aplicá-la - por vislumbrar inconstitucionalidade - ou se afastar do seu sentido literal, não caberá reclamação ao STF na hipótese de não ter sido violada decisão sua. A propósito, ver seção 4.2.2.2.2.2.

⁹⁴ STRUCHINER, Noel. “**Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: a dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico**”. Op. cit., p. 468.

STF - independentemente do seu teor e, portanto, pelo simples fato de ter origem no Supremo - por supostamente veicular a autêntica vontade do constituinte.

Aliás, o cotejo do “mérito” das decisões tomadas na ADI n. 2860 e em *City of Boerne* é sintomático: enquanto na primeira o STF negou o foro por prerrogativa de função a ex-detentores de cargos públicos - em decisão que nos parece acertada, já que não há nenhuma norma constitucional que lhes confira essa prerrogativa excepcional -, na segunda a Suprema Corte dos EUA adotou visão coletivista sobre a liberdade de religião que colocava em risco minorias religiosas em face de deliberações majoritárias.⁹⁵

Esse é, precisamente, o “segredinho sujo”⁹⁶ da supremacia judicial: não há nenhuma garantia *a priori* de que a interpretação do Judiciário será mais benéfica aos direitos humanos do que a levada a cabo pelo legislador; ao revés, são variados e notórios os casos de ativismo judicial conservador, como as decisões da Suprema Corte dos EUA na *Lochner Era*.⁹⁷ Portanto, tentativas de legitimação *ex ante* de interpretações judiciais da Constituição, por revelarem a “vontade autêntica” do poder constituinte do povo, são bastante frágeis.

Em relação ao *argumento histórico*, a tese de que o Judiciário, desde o advento do controle de constitucionalidade, exerceu, de forma estável e indisputada, a função de árbitro final dos conflitos constitucionais, revela a mesma visão açucarada e utópica presente no argumento de que a supremacia judicial é uma implicação lógica da supremacia da Constituição. A bem da verdade, a análise da evolução do constitucionalismo revela uma renhida luta entre os departamentos estatais para que os cidadãos - ou mais realisticamente, os grupos políticos e econômicos bem estruturados -

⁹⁵ Poder-se-ia cotejar, para igual fim, as decisões proferidas pela Supreme Court nos casos *City of Boerne* e *Cooper*, como, aliás, se fez ao final do item 1.2.1.

⁹⁶ A expressão foi tomada de empréstimo de MANGABEIRA UNGER, Roberto. **O Direito e o Futuro da Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁹⁷ A *Lochner Era* consistiu em jurisprudência fixada nas primeiras décadas do século XX, na qual a *Supreme Court* empregou, de forma ativista, a cláusula do *substantive due process of law* para declarar a inconstitucionalidade de diversos atos que compunham o pacote de medidas aprovadas no primeiro governo de Franklin Delano Roosevelt (*New Deal*), com o fito de retirar o país da depressão econômica em que se encontrava desde a quebra da Bolsa de Nova York em 1929. Esta linha jurisprudencial e a reeleição consagradora de Roosevelt em 1936 fizeram instalar nos EUA uma crise constitucional, que culminou com o envio ao Congresso do famoso *Court Packing Proposal*, que consistia na proposta de que, a cada Juiz da Suprema Corte que completasse setenta anos, Roosevelt poderia nomear outro, obtendo, assim, a tão sonhada maioria que lhe permitiria adotar as medidas necessárias a pôr fim à Depressão Econômica. Embora seis meses depois do seu envio o projeto haja sido rejeitado, neste ínterim a Corte reviu o uso do devido processo legal em sua acepção substantiva para a proteção das liberdades econômicas, permitindo a instalação de um Estado intervencionista.

aderissem a filosofias políticas, modelagens institucionais e conceitos de Constituição que lhes atribuíssem a condição de intérpretes últimos e autênticos da Constituição, tendo tal autoridade trocado de mãos por diversas vezes desde a gênese do constitucionalismo moderno com as Revoluções Burguesas.

Desta feita, uma análise que não se perca em uma discussão normativa desconectada da realidade, antes avançando sobre os fundamentos normativos e históricos da supremacia judicial, acaba por aquiescer ao fato inequívoco de que a autoridade para dar a “última palavra” sobre a interpretação constitucional não é absoluta nem estável, na medida em que tal questão não restou dirimida, de uma vez por todas, nem pelo texto constitucional nem pela história.⁹⁸ Assim, o objetivo fundamental da primeira parte da tese é o de desfazer o equívoco propagado pelas Supremas Cortes norte-americana e brasileira no sentido de considerar a supremacia judicial uma consequência natural da supremacia da Constituição e do Estado de Direito.

Ao revés, buscaremos identificar os pressupostos para a afirmação do controle de constitucionalidade e para a expansão do poder político do Judiciário, com o fito de comprovar a fragilidade das decisões citadas no item 1.2.1, e de preparar o terreno para a segunda parte da tese. Neste momento, será utilizada a doutrina dos diálogos constitucionais como alternativa para a defesa da *judicial review* e de um Judiciário politicamente forte e eventualmente ativista, sem que se adira, contudo, à supremacia judicial.

1.3 Plano de trabalho

A primeira parte do trabalho visa a demonstrar o equívoco das Supremas Cortes brasileira e norte-americana de extrair a supremacia judicial da supremacia da Constituição. Intenta-se desfazer o mito de *Marbury*, no sentido de que a Suprema Corte, desde o advento da revisão judicial das leis, teria se estabilizado como a detentora da última palavra na interpretação constitucional. Ela será composta por três capítulos (de números dois, três e quatro).

⁹⁸ WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy – the Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. history.** New Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 27.

O capítulo dois se destina a esclarecer os pressupostos do controle de constitucionalidade. Ele se inicia com a descrição do surgimento da *judicial review* nos Estados Unidos com o fim de destacar que, mesmo em sua origem (i.e. debate entre federalistas e antifederalistas), havia profunda controvérsia sobre a última palavra na interpretação da Constituição competir, ou não, ao Judiciário (2.1). No mesmo item, buscaremos demonstrar que a extração da supremacia judicial de *Marbury v. Madison* não considera o seu contexto político. Embora os detalhes do caso sejam bem conhecidos, parece-nos haver ainda no Brasil um falta de clareza quanto às efetivas implicações para o debate da supremacia judicial de *Marbury v. Madison*, especialmente quando analisado de forma combinada com o uso político do Judiciário pelos federalistas, com a reação de Thomas Jefferson, e com os casos *Stuart v. Laird* e o processo de *impeachment* do *Justice Chase*.

Os itens seguintes se destinam a elucidar a filosofia política, o desenho institucional e o conceito de Constituição por trás da jurisdição constitucional (2.2 e 2.3), pois tais fatores são mais importantes para a sua afirmação e expansão do que a positivação de competências. Buscar-se-á demonstrar porque na Europa do século XIX o controle de constitucionalidade não se afirmou, enquanto nos EUA a *judicial review* encontrou solo fértil para o seu florescimento, muito embora as Constituições do período fossem igualmente silentes.

O capítulo três se destina a explicitar as condições necessárias para a expansão do papel político do Judiciário através da jurisdição constitucional. Ele se inicia pela descrição do contexto do surgimento da jurisdição constitucional na Europa (3.1); em seguida, será feito o cotejo entre o modelo de jurisdição constitucional positivista-liberal (3.2) - cujo exemplo fundamental é o kelseniano - e o modelo “neoconstitucionalista” (3.3), com vistas a identificar os fatores que retraem ou estimulam a expansão da atuação do Judiciário em matérias politicamente relevantes. O item seguinte (3.4) visa a trazer um pouco de empiria à discussão, na medida em que busca incorporar os aportes da ciência política contemporânea ao debate travado entre os juristas acerca do árbitro final dos conflitos constitucionais. Após breve exame das principais ondas de expansão do Judiciário, serão sumariadas as principais teorias explicativas do fenômeno atual de “expansão global do Poder Judiciário”, as quais podem ser divididas em três grupos: conceitualistas, funcionalistas e estratégicas.

Em seguida serão sistematizadas as condições favoráveis à “judicialização” (3.5), as quais foram divididas em três espécies: (i) políticas (características do sistema político); (ii) institucionais (características da ordem jurídica). Enquanto tais características ensejam a judicialização propriamente dita – submissão de um grande número de questões politicamente relevantes ao Judiciário – (iii) as condições interpretativas (características da teoria de interpretação constitucional mais influente na Suprema Corte) favorecem o ativismo judicial.

O capítulo quatro, por sua vez, tem o propósito de analisar a afirmação e a expansão do Judiciário brasileiro, sob o enfoque da supremacia judicial na interpretação constitucional. O item inicial busca demonstrar que, antes de 1988, é incorreto se falar em supremacia judicial no país (4.1). No Império brasileiro, como na Europa oitocentista, também prevaleceram condições que inviabilizavam o surgimento do controle de constitucionalidade. Apesar de as Constituições brasileiras a partir de 1891 - especialmente as promulgadas - se fundarem, formalmente, na soberania popular e acolherem a *judicial review* -, não há que se falar de supremacia judicial até 1988. Será feito rápido sobrevoo da evolução do constitucionalismo brasileiro até 1988 para demonstrar as razões pelas quais as alvitradas condições para a judicialização da política e para o ativismo judicial não estiveram presentes no Brasil.

O item seguinte (4.2) visa a demonstrar que o regime político e a ordem jurídica instituídos pela Constituição de 1988 apresentam uma conjunção de condições políticas e institucionais particularmente favorável à judicialização da política. A próxima seção revela que, diante da presença das condições interpretativas, há atualmente – sobretudo no STF - não apenas intensa judicialização da política, como também crescente ativismo judicial. Prova disto é o significativo distanciamento do STF da tese do “legislador negativo”, e, inversamente, a sua aproximação das teses básicas do “neoconstitucionalismo”. Nesta esteira, buscou-se sistematizar as principais hipóteses de ativismo do STF e as demais características da sua jurisprudência que evidenciam uma aproximação da doutrina da supremacia judicial, com o fim de analisar se é plausível sustentar que, hoje, o STF tem a última palavra sobre o sentido concreto da Constituição brasileira de 1988.

A parte dois da tese se destina à exploração das críticas e das alternativas à supremacia judicial. O capítulo cinco trata das críticas, as quais serão divididas em dois eixos principais: as de índole institucional focarão as questões relativas às capacidades

institucionais e aos efeitos sistêmicos levantadas pela expansão do Poder Judiciário. Já as críticas democráticas enfatizarão o forte desacordo moral na concretização de princípios constitucionais abstratos, o desenvolvimento de uma visão “juriscêntrica” acerca da natureza da interpretação constitucional, a real aptidão de juízes e legisladores se engajarem na busca da atribuição do “melhor” sentido às Constituições, e os problemas de *accountability* gerados pela inalterabilidade da interpretação judicial da Constituição.

O capítulo seis se aventura por terreno pouco explorado no direito brasileiro: de que forma a doutrina dos diálogos constitucionais contribui para dois propósitos fundamentais à tese: explicar, com maior dose de realismo, as relações efetivamente travadas entre Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional na definição do sentido da Constituição; e resolver os problemas de legitimidade democrática decorrente da possibilidade de um “órgão contramajoritário” invalidar leis, aprovadas pela maioria dos representantes eleitos pelo povo, com base em princípios constitucionais de teor ambíguo.

A primeira seção trata dos elementos nucleares à construção de uma doutrina dos diálogos constitucionais empírica e normativamente adequada: a importância de uma análise realista das capacidades institucionais dos Poderes Judiciário e Legislativo se engajarem, seriamente, na interpretação constitucional (6.2); as exigências da teoria da democracia deliberativa para as interações entre STF e Congresso Nacional nesta seara (6.3); e as implicações da expansão do poder político do Judiciário para as visões convencionais sobre a separação entre os poderes e o equilíbrio entre independência e responsividade judicial (6.4).

O capítulo sete passa a analisar os diálogos em si entre Judiciário e Legislativo: principia por explorar os diversos modelos de comportamento judicial (legalista, atitudinal e estratégico – 7.1), para então arrolar os principais instrumentos de interação entre os citados departamentos estatais na definição do sentido da Constituição: os ataques institucionais à Corte, o poder do Congresso sobre o orçamento do Judiciário e o salário dos juízes, o processo de nomeação e de confirmação dos juízes da Suprema Corte, a não implementação de decisões judiciais e a superação legislativa de decisões constitucionais da Suprema Corte (7.2).

As seções seguintes (7.3 e 7.4) trazem a principal conclusão da análise empírica sobre a questão a respeito de qual departamento estatal tem, de fato, a última palavra na

interpretação constitucional. Neste diapasão, reconhece-se a inevitabilidade, no mundo em geral (e no Brasil em particular), das interações entre os departamentos estatais na definição do sentido da Constituição, sendo absolutamente irrealista acreditar que (i) os únicos limites encontrados pelos juízes, nesta seara, são critérios jurídicos de interpretação (texto, história, sistema etc) e a sua autorrestrrição; e que (ii) caberá dar ao Judiciário a última palavra - para o passado e para o futuro – sobre o sentido de qualquer norma constitucional. Ao revés, serão arrolados os fatores que conduzem a que determinado departamento estatal tenha maior propensão de proferir a solução que seja final - no sentido de que, embora não seja impossível, seja bastante difícil de ser alterada no futuro - em determinados casos e contextos.

O capítulo oito trata da discussão normativa relativa a saber “quem deve ter” a última palavra na interpretação constitucional. Inicia-se com a exposição dos aspectos essenciais às principais teorias existentes sobre a questão: a doutrina canadense dos diálogos constitucionais, a teoria da construção coordenada e a supremacia judicial, para concluir-se a propósito da superioridade normativa das teorias dialogais (8.1 e 8.2). Em seguida será analisado o problema concreto - de alto relevo teórico e prático – concernente aos mecanismos pelos quais o Congresso Nacional pode superar decisões constitucionais do STF (8.3). Por fim, será analisado o problema dos limites e possibilidade de o STF controlar a constitucionalidade de emendas constitucional especialmente à luz dos limites materiais ao poder de reforma constitucional, dada a sua íntima conexão com o problema da definição da instituição política responsável por dar a última palavra sobre o sentido da Constituição (8.4).

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 71-92, jan./mar. 2009.

ABRANCHES, Sérgio Henrique. “A Democracia Brasileira Vai Bem Mas Requer Cuidados”. In: **Como vão a democracia e o desenvolvimento no Brasil?** VELLOSO, João Paulo dos Reis (org.). Rio de Janeiro: José Olympio, 2001.

_____. “O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro.” **Dados** 31 (1). 1988.

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**, vol. 113. n. 3, (389).

_____. The rise of world constitutionalism. **Yale Law School Occasional Papers**, Second Series, Number 3, Connecticut, 1997.

_____. **We the people – Foundations**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

_____. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

ALEXANDER, Larry (org.). **Constitutionalism: Philosophical Foundations**. Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge 1998.

_____. Constitutional rules, constitutional Standards, and constitutional settlement: Marbury v. Madison and the case for judicial supremacy. **Constitutional Commentary**, v. 20, 2003.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick On Extrajudicial constitutional interpretation. **Harvard Law Review**, v. 110, 1997, pp. 1359-1387.

_____. “Defending Judicial Supremacy: A Reply”. **Constitutional Commentary**, Vol. 17: 455, (2000) p. 455/482.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. “Ponderação, jurisdição constitucional e representação”. In: **Constitucionalismo Discursivo**. (trad: Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. **Constitutional rights, balancing, and rationality**. *Ratio Iuris*, Vol. 16, n. 02, June, 2003.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. In: (id.) **Derecho y Razón Práctica**. México/DF: Fontanamara, 1993.

ANASTASIA, Fátima; CASTRO, Mônica Mata Machado de; NUNES, Felipe. “De Lá Para Cá – As condições e as instituições da democracia depois de 1988”. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ARROW, Kenneth J. **Collected Papers of Kenneth J. Arrow**, Harvard University Press: 1983a, v. 1. **Social Choice and Justice**.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Tortura Nunca Mais: um relato para a história**. 30 ed. Petrópolis: Editora Vozes.

ATRIA, Fernando. El derecho y la contingência de lo político. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. **Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. (tradução José Manuel M. Cardoso da Costa). Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BARBER, Sotirios; GEORGE, Robert. **Constitutional Politics – Essays on Constitution Making, Maintenance and Change**. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. (2. Ed.) Campinas: Russel, 2004.

_____. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. (org. Homero Pires). Vol. II. São Paulo: Saraiva Cia, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARNES, Jeb. “Adversarial Legalism, the Rise of Judicial Policymaking, and the Separations-of-Powers Doctrine”. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

_____. **Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations**. Stanford: Stanford University Press.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas**. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro – Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da EMERJ**, vol. 9, n. 33, 2006.

_____. “Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial.” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

_____. “Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. “Reflexões de Luís Roberto Barroso sobre o caso Cesare Battisti”, obtido em <http://www.migalhas.com.br/>, acesso em 29.01.2010.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** Disponível no site http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_111032010.pdf; Acesso em 02.03.2011.

BATEUP, Christine, The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review, Vol. 71, 2006.** Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=852884>; acesso em 01.08.2010.

BAUM, Lawrence; HAUSEGGER, Lori. “The Supreme Court and Congress. Reconsidering the relationship. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective.** MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi. **The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

BAKER, Dennis. **Not Quite Supreme: The Courts and Coordinate Constitutional Construction.** Canada: McGill-Queen's University Press, 2010.

BENHABIB, Seyla (org.). **Democracy and Difference: contesting the boundaries of the political.** Princeton: Princeton University Press, 1996;

BOHMAN, James; REHG, William (Ed.). **Deliberative Democracy: essays on reason and politics.** Cambridge: The MIT Press, 1997.

BRAGAW, Stephen G.; MILLER, Marck C. “The City of Boerne: an interbranch perspective”. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective.** MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009

BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e Política: uma relação difícil.” **Lua Nova**, v. 61, 2004.

_____. “A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

_____. **Soberania e Constituição: para uma crítica ao constitucionalismo.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. “Tentativa da Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930/1964). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 25/61.

BERLIN, Isaiah. “Two concepts of liberty”. In: GOODIN, Robert; PETTIT, Philip (Ed.). **Contemporary Political Philosophy – An anthology**. Massachusetts: Blackwell Publishers, 1997.

BICKEL, Alexander M.. **The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. “A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei n. 9868/99”. In: (Id.) **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008,

_____. “Duzentos Anos de Jurisdição Constitucional: as lições de Marbury v. Madison”. In: (Id.) **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BINENBOJM, Gustavo; André Cyrino: “Parâmetros para a Revisão Judicial de Diagnósticos e Prognósticos Regulatórios em Matéria Econômica”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed.. São Paulo: Malheiros, 1994.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BORK, Robert. **The Tempting of America: the political seduction of law**. New York: Touchstone, 1990.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Rigidez Constitucional e Pluralismo Político. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. “A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de emendas constitucionais à luz da jurisprudência do STF”. **Revista Carioca de Direito**. Vol. 1, n. 1, jan-jun/2010, Rio de Janeiro: PGM, 2010, p. 123/151.

_____. “São os Direitos Sociais Cláusulas Pétreas? Em que medida?” In: Daniel Sarmento; Cláudio Pereira de Souza Neto. (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

_____. “Entre a Anarquia e o Estado de Bem-Estar Social: aplicações do libertarianismo à filosofia constitucional”. In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2009, pp. 527/577.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BRYCE, James. **Constitutiones flexibles y Constitutiones rígidas**. Madrid, 1963.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1958.

BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURDEAU, Georges. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.

CALDWELL, Peter. **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory and the Practice of Weimar Constitutionalism**. Durham: Duke University Press, 1997.

CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1997.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo, **DOXA** 21-I (1998).

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1942.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. (3 reimpressão). Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. 2 reimpressão – trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: editorial Trotta, 2003.

CARCASSONE, Guy. Constitutional Change in France. In: **Constitutional Policy and Change in Europe**. HESSE, Joachim Jens; JOHNSON, Nevil (org.). Oxford: Oxford University Press, 1995.

CARRE DE MALBERG. **Contribution a la Théorie Générale de L'Etat**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”. **Revista de Sociologia Política**, 2004, n. 23.

CARVALHO, José Murilo de. **Pedro II – Ser ou não ser**. Coleção Perfis Brasileiros (coord. Élio Gaspari e Lilia Schwarcz). São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. **A Formação das Almas: O imaginário da república no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CASTRO, Marcus Faro de. "O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política". **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, vol. 12, nº 34, junho de 1997, pp. 147-156.

CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na História – Origem e Reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu**. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2006.

CHEMERINSKY, Erwin. **In Defense of Judicial Review: the perils of popular constitutionalism**. Disponível em http://lawreview.law.uiuc.edu/publications/2000s/2004/2004_3/Chemerinsky.pdf. Acesso em 11.03.2010.

CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales**. Pamplona: EUNSA, 2000.

CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes”. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG – Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002

_____. “Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia”. **ALCEU**, v. 5 – n. 9 – jul/dez. 2004, p. 105/113.

_____. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. “A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo”. In: **Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: RT, 1995.

COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

COMPARATTO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

CONSTANT, Benjamin. **Escritos sobre a Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas: Russel, 2002.

COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

COSTA, Frederico Lustosa da. **Reforma do Estado e Contexto Brasileiro – crítica do paradigma gerencialista**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. “Constituição, Democracia e Governo”. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 21, n. 61, junho/2006.

CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizione di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Introdução à Edição Brasileira. In: **Jurisdição Constitucional**. Kelsen, Hans. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DAHL, Robert. **Democracy and its Critics**. New Haven: Yale University Press, 1989.

_____. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law**, 6: 279/295 (1957).

DEVINS, Neal. “How not to challenge the Court. (U.S. Supreme Court) (Symposium: Reflections on City of Boerne v. Flores). **William and Mary Law Review**, v. 39, n. 3, 1998.

_____. Congress as Culprit. How Lawmakers spurred on the court’s anti-congress crusade. **Duke Law Journal**. V. 51, 2001, pp. 435-464.

_____. Congress Fact Finding and the Scope of Judicial Review. In: DEVINS, Neal; Whittington, Keith E. **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005.

DEVINS, Neal; WHITTINGTON, Keith. **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005.

DIXON, Rosalind. “Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited”. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 5, n. 3, p. 391-418, 2009.

DWORKIN, Ronald. Is Law a System of Rules? In: SUMMERS, Robert (org.). **Essays in legal philosophy**. California: University of California Press, 1968.

_____. **Freedom’s Law: The moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. (trad. Jefferson Juiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap University Press of Harvard University Press, 2006.

DUARTE, Fernanda; MOURA, Francisco; MATRODI NETO, Josué, TSUBONE, Rubens Takashi. “Ainda há supremacia do Judiciário?”. In: **Teoria da Mudança Constitucional. Sua Trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

EASTON, David. **Uma teoria de análise política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

EGAN, Patrick; Citrin, Jack. **Opinion Leadership, Backlash and Delegitimation; Supreme Court rulings and public opinion**. Janeiro de 2010. Disponível em <http://www.yale.edu/csap/seminars/egan.pdf>. Acesso em 10 de março de 2010.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens – Studies in rationality and irrationality**. Great Britain: Cambridge University Press, 1979.

EPSTEIN, LEE; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andre D. “Constitutional interpretation on a strategic perspective”. In: **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

ESKRIDGE Jr., William N. “Overriding Supreme Court Statutory Decisions. **Yale Law Journal**, v. 101, n. 2, 1991, p. 331-417.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro**. 2 Vol, 11 ed.. São Paulo: Globo, 1997.

FARREL, Martín D. Discussión entre el derecho natural y el positivismo Jurídico? **DOXA**, 21-II, 1998.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. “Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards na Institutional Theory of Constitutional Interpretation”. In: SADURSK, Wojciech. **Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective**. Netherlands: Kluwer Law International, 2002, pp. 20/36.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade”. **RDA**, 220: 1/17-2000.

FIGUEIREDO, Angelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. “Instituições Políticas e Governabilidade – Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira”. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____. **Los derechos fundamentales: apuntes de la historia de las constituciones**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues – interpretation as a political process**. Oxford: Princeton University Press, 1988.

_____. “Interpreting the Constitution: more than the Supreme Courts says”. **Extension**. Carl Albert Research and Studies Center, University of Oklahoma, Fall 2008.

FISS, Owen. “Between Supremacy and Exclusivity”. In: BAUMAN, Richard W; KAHANAM Tsvi. **The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. (tradução: Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960.

FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. **Texas Law Review**, vol. 84, n. 2, 2005.

_____. **The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution.** New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

_____. “The Birth of na academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five”. **Yale Law Journal.** V. 112, n. 2, pp. 153/259, 2002.

_____. “Dialogue and Judicial Review”. **Michigan Law Review.** Vol. 91, n. 4, pp. 577/562, 1993.

_____. Mediated Popular Constitutionalism. **Michigan Law Review,** vol. 101, August 2003.

_____. Taking Law Seriously. **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers,** 2006. Disponível em http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=nyu_plltwp. Acesso em 15.03.2010.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y El tribunal constitucional.** Madrid: Civitas, 1983.

GARRETT, Elizabeth; VERMEULE, Adrian. “Institutional Design of a Thayerian Congress”. In: DEVINS, Neal; Whittington, Keith E. **Congress and the Constitution.** Durham: Duke University Press, 2005.

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **American Journal of Constitutional Law.** Vol. 49. Disponível em <http://papers.ssrn.com/abstract=302401>. Acesso em 20.12.2010, às 14:00h.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada.** Série: As ilusões Armadas. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GERBER, Scott. “The Court, the Constitution and the History of the Ideas”. In: **Vanderbilt Law Review.** 61, May 2008, n. 04.

GHETTI, Pablo Sanges. **Direito e Democracia sob os Espectros de Schmitt: contribuição à crítica da filosofia do direito de Jürgen Habermas.** Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, Rio de Janeiro, 2006.

GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory Caldeira; SPENCE, Lester “The Supreme Court and the US Presidential Election of 2000”, **British Journal of Political Science,** 33 (2003): 538.

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies – Constitutional Courts in Asian Cases.** USA: Cambridge University Press, 2003.

_____. “The Global Spread of Constitutional Review”. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press.

GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.). **Interpreting Constitutions: a comparative study**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GOMES, Ângela Maria de Castro et. al.. **História Geral da Civilização Brasileira. Tomo III: o Brasil Republicano; Vol. 10: Sociedade e Política (1930-1964)**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GRABER, Mark. “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary”. In: **7 Studies in American Political Development** 35 (1993), 35-73.

GREENE, Abner. **Against Interpretative Obligation (to the Supreme Court)**. Disponível em <http://law2.fordham.edu/publications/articles/500flspub7365.pdf>. Acesso em 01.02.2011.

GRIFFIN, Stephen. Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights. **University of Pennsylvania Journal on Constitutional Law**, vol. 5, Nov. 2001.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. (trad. Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Jurisdição Constitucional e Democracia. **Revista de Direito do Estado**, n. 04, p. 3-22, 2006.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa? **RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, jan./mar., 2007.

_____. **Why Deliberative Democracy?** New Jersey: Princeton University Press;

_____. **Democracy and Disagreement**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. (trad.: Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. (2 ed.; trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003

HALL, Kermit L. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. New York: Oxford University Press, 1999.

HANSFORD, Thomas G; DAMORE, David F. “Congressional preferences, perceptions of threat, and Supreme Court decision making”. **American Politics Quarterly**, Vol. 28. N. 04, 2000, p. 490-510.

HAMILTON, Alexander, JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Campinas; Russel Editora, 2003.

HARRIGER, Katy J. Cues and miscues in the constitutional dialogues. **The Review of Politics**. V. 60, n. 3, p. 497-534, 1998.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. (tradução Marcos Santarrita). São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

HOBSON, Charles F. (Ed.). **The papers of John Marshall**. Virginia: Omohundro Institute of Early American History and Culture, 1990

HOGG, Peter W., BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **As raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

IGLESIAS, Francisco. **Trajetória Política do Brasil: 1500/1964**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1973.

KAGAN, Robert. **American Courts and the Policy Dialogue: the role of adversarial legalism**. In: Making Policy, Making Law: an interbranch perspective. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

KATYAL, Neal. Legislative Constitutional Interpretation. Disponível em <http://www.jstor.org/pss/1373024>. Acesso em 10.03.2010.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLARMAN, Michael. J. “Court, Congress and Civil Rights” In: DEVINS, Neal; Whittington, Keith E. **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005, p. 173/198.

KMIEC, Keenan D. “The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism””. **California Law Review**. Vol. 92: No. 5 (Oct., 2004), pp. 1441-1477.

KOMMERS, Donald. P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. London: Duke University Press, 1997.

KRAMER, Larry. **The People Themselves – Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford University Press: Oxford, 2004.

_____. “The Supreme Court, 2000 Term – Foreword: We the Court”. **Harvard Law Review** 4, 169 (2001).

_____. The Interest of Man: James Madison, Popular Constitutionalism and the Theory of Deliberative Democracy. **Stanford Public Law Working Paper** No. 938721 (2006).

KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado – os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional de Direito**. (trad.: Urbano Carvelli). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

LABAND, Paul. **Le Droit Public de l'Émpire Allemand**. Paris: V. Giard E Briere, 6 vol., 1901.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAJOIE, Andre; BERGADA, Cécile; GÉLINEAU, Éric. Legislatures as constitutional interpretation: another dialogue. In: BAUMAN, Richad; KAHANA, Tsvi (ed.). **The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Iuris, 1985.

LAZARE, Daniel. “America the Undemocratic”. **New Left Review** 232 (1998): 3-31.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto – O município e o regime representativo no Brasil**. 3 edição. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997.

LEVINSON, Sanford. **Our Undemocratic Constitution: whre the Constitution goes wrong (and how we the people can correct it)**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

LECLAIR, Jean. Judicial review in canadian constitutional Law: a brief overview. **The George Washington International Law Review**, vol. 36, n. 3, p. 543-555, 2004, pp. 199/255.

LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira et all. (org.). **Teoria**

da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

LIMONGI, Fernando. “A Democracia no Brasil – presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório”. **Novos Estudos: CEBRAP**, Nov. 2006.

LIPKIN, Robert Justin. “Wich Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. **Cardozo Law Review**. Vol. 28: No. 3, 2006.

_____. We are all judicial activists now. **University of Cincinnati Law Review**, vol. 77, p. 181-232, 2008.

_____. What’s wrong with judicial supremacy? What’s right about judicial review? **Widener Law Review**, vol. 14, 2008, pp. 1-51.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, Barcelona, 1976.

LUTZ, Donald. Toward a Theory of Constitutional Amendment. In: LEVINSON, Sanford. **Responding to Imperfection – The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995.

LYNCH, Christian Edward; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “O Constitucionalismo da Inefetividade: A Constituição de 1891 no Cativo do Estado de Sítio”. In: **BONAVIDES, Paulo et. al. As Constituições Brasileiras: Notícia. História e Análise Crítica**. Brasília: OAB Editora, 2008.

MACIEL, Débora Alves & KOERNER, André. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**. n. 57, 2002, p. 113-133

MANFREDI, Christopher P. “The Day the Dialogue Died: a comment on *Sauvé v. Canada*”. In: **Osgoode Hall Law Journal**, Volume 45, Number 1, Spring, 2007, p. 107/123.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAIA, Antônio Cavalcanti. “Nos Vinte Anos da Constituição-Cidadã: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo”. In: **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

MAIA, Antonio Cavalcanti; SOUZA NETO, Claudio Pereira. “Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy”. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006, p. 67/99.

MANGABEIRA, João. **Rui: o estadista da República**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. **O Direito e o Futuro da Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

MARRENCO, André. Devagar se vai ao longe? “A transição para a democracia no Brasil em perspectiva comparada”. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1908.

MARSHALL, William P. “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism”. **University of Colorado Law Review**, Vol. 73, 2002.

MARTEENS, Allison M. (2007): "Reconsidering Judicial Supremacy: From the Counter-Majoritarian Difficulty to Constitutional Transformations". **Perspectives on Politics**, Vol. 5, No. 3, pp. 447-459.

MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. **Dicionário de Política**. vol. 1, 12 ed. BOBBIO, Norberto et. Al. Brasília: LGE ed. e UnB ed..

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.

MAUS, Ingborg. Judiciário como Superego da Sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade-orfã”. **Novos Estudos CEBRAP**. N. 58, novembro de 2000, pp 183-202.

MCCLOSKEY, Robert. **The American Supreme Court**. Third Edition. Chicago: Chicago University Press, 2000.

MELO, Carlos Ranulfo. “Nem Tanto ao Mar, Nem Tanto a Terra – Elementos para uma análise do sistema partidário brasileiro”. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. Parecer sobre o caso “Cesare Battisti”. Obtido em <http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/casos/cesarebattisti/>, acesso em 01.02.2010.

MELO, Marcus André. “Hiperconstitucionalização e Qualidade da Democracia”. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (org.). **Democracia Brasileira – balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

_____. **Reformas Constitucionais no Brasil – instituições políticas e processo decisório**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Evaldo Cabral (org.). **Frei Joaquim do Amor Divino Caneca**. São Paulo: Editora 34, 2001.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008, 219 f. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras, e Ciências Humanas.

_____. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. “A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade do Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade de Declaração de Inconstitucionalidade Sem Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro”. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. (Great books of the Western world).

MILLER, Mark C. “The View of the Courts From the Hill: A Neoinstitutional Perspective”. In: MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 3 ed. Tomo I (art. 1 a 5). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008 (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 7).

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como Simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

MURPHY, Walter F. “Who Shall Interpret? The Quest of Ultimate Constitutional Interpreter”, **Review of Politics**, 48 (1986): 407.

MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber; MACEDO, Stephen. **American Constitutional Interpretation**. New York: Foundation Press, 2003.

NAGEL, Robert. Judicial supremacy and the settlement function.(Symposium: Reflections on City of Boerne v. Flores) **William and Mary Law Review**, v. 39, n. 3, 1998.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996.

NINO, Carlos Santiago; ACKERMAN, Bruce, Rosenkrantz, Carlos F. et al. **Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalid**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law**. 17 ed. St. Paul: Thomsom-West, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Diálogo Constitucional e Correção Legislativa da Jurisprudência no Direito Tributário Brasileiro**. 2009. 252 f. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

OLIVEIRA, Vanessa Elias. “Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?”. **Dados vol. 48 n. 3**, Rio de Janeiro, July/Sept., 2005, p. 559/587.

PARAMO ARGUELLES, Juan Ramon. “Rousseau, Estado de Derecho, Democracia y Derechos”. In: PECES-BARBA MARTINES, Gregorio et al. **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo II: Siglo XVIII, Volumen II – La filosofía de los derechos humanos.

PAULSEN, Michael Stokes. The Irrepressible Myth of Marbury. **Michigan Law Review**, 101, 2706 (2003).

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERRY, Michael J. **The Constitution, the Courts, and human Rights – An inquiry into the legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary**. New Haven: Yale University Press, 1982.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 1989.

PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System**. Durham: Duke University Press: 2004.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2008.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. “Democratic Constitutionalism and Backlash”. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. Vol. 42.

_____. Equal Protection By Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison and Kimel, 110 **Yale Law Journal**, 441-526 (2000).

_____. Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy. **California Law Review**, vol. 92, p. 1027 (2004).

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante ao legislador**. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales, 2003

_____. “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”. In: **Teoría del Neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____.Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: editorial Trotta, 2003.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. (tradução Marlene Holzhausen) São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O Liberalismo Político**. 2ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000

RHODES, R. A. W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. **The Oxford Hanbook of Political Institutions**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Toronto: Irwin Law Inc., 2001.

_____. “Sharpening the Dialogue debate: the next decade of scholarship”. In: **Osgoode Hall Law Journal**, Volume 45, Number 1, Spring, 2007.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A História do Supremo Tribunal Federal**. 2 ed. (vol. I). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.

_____. **A História do Supremo Tribunal Federal**. 2 ed. (vol. II). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.

_____. **A História do Supremo Tribunal Federal**. 2 ed. (vol. III). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.

_____. **A História do Supremo Tribunal Federal**. 2 ed. (vol. IV). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.

ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel** . 7e édition. Paris: Montchrestien, 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social – Princípios de Direito Político**. São Paulo: editora Martins Fontes, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, Marco Aurélio. Medida Provisória, diálogo constitucional e a falácia da usurpação de poderes legislativos pelo executivo. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, p. 107-139.

SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

SANTOS, Rogério Dutra dos. “Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil”. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Lumen Iuris editora, Rio de Janeiro, 2004.

_____. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda.” In: SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

_____. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (org.). **A Reforma da Previdência Social – temas polêmicos e aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2004, p. 1/49.

_____. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

_____. “Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. “O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. “Representação sobre a Violação ao Direito de Voto do Preso Provisório”. In (Id.) **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010, p. 311/334.

_____. “A Trajetória Constitucional Brasileira”. In: (Id.). **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010, p. 03/117.

SATHE, S.P. “India: From Positivism to Structuralism”. In: **Interpreting Constitutions – a comparative study**. GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.). New York: Oxford University Press, pp. 215/266.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHMITT, **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

_____. **Sobre el parlamentarismo**. Madrid: Tecnos, 1990

_____. **O Guardião da Constituição**. (trad.: Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SHAPIRO, Martin. “The Success of Judicial Review”. In: KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. (Ed.). **Constitutional Dialogues in Comparative Perspective**. New York: St. Martin Press, 1999.

SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec. **On Law, Politics and Judicialization**. New York: Oxford University Press.

SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest Constitution. **California Law Review**, vol. 93, 2004, pp. 1045-1067.

_____. Precedent. **Stanford Law Review**, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, Feb. 1987.

SCHWARTZ, Roberto. “As Idéias Fora de Lugar”. In: (id.) **Ao Vencedor as Batatas**. São Paulo: Duas Cidades, 2000.

SICHES, Luis Recasens. **Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX**. T. 1, 11 ed., México: Porrúa, 1963.

SIÉYÉS, Emmanuel Joseph. “Discursos y mociones en la constitución de la Asamblea Nacional”. In: **Escritos y discursos de la revolución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

_____. “Opinion se Sieyés sobre las atribuciones y organización Del tribunal constitucional. Pronunciado en la Convención nacional de 18 de Thermidor, año III de la Republicana. In: Id. **De la revolución**. Centro de Estudios Constitucionales, s.d.

SILVA, Alexandre Garrido. “Minimalismo, Democracia e Expertise: O Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas”. **RDE – Revista de Direito do Estado**, Ano 3, n. 12, out/dez/2008, p. 107-142.

SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed., 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. “O proporcional e o razoável”. **Revista dos Tribunais**, 798, abril/2002.

_____. “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”. **Revista de Direito Administrativo** 250 (2009): 197-227.

_____. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930-1964)**. 7 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982

SOARES, Guilherme. **Os direitos, os juízes e o povo: a cláusula pétrea dos direitos e garantias judiciais e o controle judicial da constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988**. Tese de Doutorado em Direito apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático.” In: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. In: **A Constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

SPAETH, Harold J. & SEGAL, Jeffrey A. **The Supreme Court and the Attitudinal Model**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o**

Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04.04.2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

_____. “A Crise Paradigmática do Direito no Contexto da Resistência do Positivismo ao Neoconstitucionalismo.” In: **Vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras – O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação dos Casos D ficeis do Direito.** 2005. 191 f. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUR-Rio). Faculdade de Filosofia.

_____. “Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: a dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico”. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. “O Fen meno Constitucional e suas tr s forç s”. **Revista de Direito do Estado (RDE)**, Ano 3, N. 11, jul/set/2008, p. 209/217.

SUNSTEIN, Cass. R. **One Case at a Time – Judicial Minimalism in the Supreme Court.** Cambridge: Harvard University Press, 2001;

_____. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America.** New York: Basic Books, 2005;

_____. **A Constitution of Many Minds – Why the Founding Document Doesn’t Mean What It Ment Before .** New Jersey: Princeton University Press, 2009

_____. **The Partial Constitution.** Cambridge: Harvard University Press, 1993.

_____. **Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law.;** University of Chicago, Public Law Working Paper No. 147. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=957369>. Acesso 20.08.2010.

_____. **Beyond Judicial Minimalism** (September 25, 2008). University of Chicago, Public Law Working Paper No. 237; Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1274200>.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. **Michigan Law Review**, vol. 101, n. 04. 2003.

SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: Norton, 2000.

SUNSTEIN, Cass; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. **Are Judges Political? An empirical analysis of the federal Judiciary.** Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2006.

SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: constitutional politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 47 (2008): 73-165. Disponível em: http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/11

TATE, C. Neal. “Why the Expansion of Judicial Power”. In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. (org. Maria Garcia).

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na America**. 2. ed. - São Paulo : Itatiaia : Ed. Universidade de São Paulo, 1977.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 3, n. 4, 2005, pp. 617-648.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. New York: New York University Press, 2000.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **On Reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991

TULLY, James. **An approach to political philosophy: Locke in contexts - Ideas in context**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

_____. “Alternatives forms of judicial review”. **Michigan Law Review**, v. 101. n. 9.

_____. “Non-judicial review”. **Harvard Journal of Legislation**, vol. 40.

_____. **Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

VALLINDER, Torbjörn. “When the Courts Go Marching in” In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

VAN HOECKE, Mark. Judicial Review and Deliberative Democracy: a circular model of Law Creation and Legitimation. **Ratio Juris**. Vol. 14, N. 04, December 2001 (415/423).

VANBERG, Georg. “Establishing and Maintaining Judicial Independence”. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press.

_____. **The Politics of Judicial Review in Germany (Political Economy of Institutions and Decisions)**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty – na institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. Introductory essay: political constraints on Supreme Court reform. **Minnesota Law Review**, v. 90, 2006, pp. 1154-1172.

VEGA, Pedro de. **La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente**. 5 reimpressão, Madrid: Tecnos, 2000.

VIEIRA, José Ribas; DIMOULIS, Dimitri. “Uma Visão Crítica ao Neoconstitucionalismo”. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (org.). **Constituição e Efetividade Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. (2 ed.) São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. “Supremocracia”. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. **Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. “Dezessete anos de judicialização da política”. **Tempo Social – Revista de Sociologia da USP**, v.19, n.2.

VIANNA, Luiz Werneck. O Ativismo Judicial Mal Compreendido. Boletim CEDES (eletrônico). Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, pp. 1/55. Disponível em www.cedes.iuperj.br. Acesso em 10.03.2010.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. “The core of the case against judicial review.” **The Yale Law Journal**, april 2006.

_____. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999

WALUCHOW, W. J. **A Common Law Theory of Judicial Review: the Living Tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WATLINS JR., Willian J. Popular sovereignty, judicial supremacy, and the American revolution: why the judiciary cannot be the final arbiter of constitutions. **Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy**, v. 1, 2006, pp. 159-258.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy – the Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. history**. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

_____. “Legislative Sanctions and the strategic environment of judicial review”. Disponível em http://www.princeton.edu/~kewhitt/strategic_context.pdf. Acesso em 02.03.2011.

WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.