

A EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: Distorção sistêmica ou necessidade contemporânea?

Gustavo Rabay Guerra¹

Sumário: 200 anos em 20: o começo da história. A Expansão do Protagonismo Judiciário: Premissas para o debate. O Pragmatismo Judiciário e suas Armadilhas: o Papel Político do Poder Jurídico. O Judiciário como *medium* democrático: Os Limites Decisórios Contra-Majoritários. Referências.

RESUMO

Evoca os fundamentos do debate atual sobre o ativismo judicial e a expansão do poder jurídico como fenômenos complexos. O objetivo da análise é apontar quais os elementos discursivos necessários para preparar estudantes, profissionais e cidadãos em geral para uma correta leitura do comportamento das instâncias jurídicas, de modo a prevenir um novo tipo de cidadania desfigurada: aquela que procura respostas essenciais em um corpo técnico qualificado, mas sócio-politicamente distante das relações sociais que ensejam as decisões.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Ativismo Judicial. Democracia. Constitucionalismo.

ABSTRACT

This article evokes the grounds of the current debate about judicial activism and the expansion of the complex legal phenomena. The purpose of the analysis is pointing the elements needed to prepare students, professionals and citizens in general to a correct reading of the behavior of legal jurisdictions in order to prevent a new type of twisted citizenship: one that seeks answers in one qualified yet technical staff, but socio-politically distant from the social relations which decisions are about.

Keywords: Judicial System. Judicial Activism. Democracy. Constitutionalism.

AGRADECIMENTOS

Esse texto é fruto, sobretudo, de ricas interlocuções com alguns destacados acadêmicos com os quais tenho o privilégio de conviver. São eles: Alexandre Luna Freire (FESP), Bianor Arruda (IESP), Ernani Carvalho (UFPE), Leandro Rodrigues (UNB), José Maurício de Lima (UNB), Marco Antonio Meneghetti (UNB), Romulo Palitot (Faculdade de Timbaúba, UFPB, UNIPE) e Terrie Ralph Groth (UNB).

¹ Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Federal da Paraíba e do Instituto dos Magistrados do Distrito Federal. Advogado. Contato: gustavorabay@justice.com.

200 ANOS EM 20: O COMEÇO DA HISTÓRIA

O Poder Judiciário Nacional e a cidadania brasileira vivem uma fase de intensas transformações e conquistas na passagem dos 200 anos desde a instalação da Casa da Suplicação do Brasil, aos 10 de maio de 1808, data que assinala, também, a consagração da independência judicial no País, tendo o citado órgão operado ainda antes da primeira Constituição brasileira (1824), que o transformou em Supremo Tribunal de Justiça do Império do Brasil, e que, posteriormente, com a Constituição Republicana de 1891, se transmutou em Supremo Tribunal Federal (STF).

Por esses dias, temas instigantes povoam as sessões do STF. O papel político e a conseqüente necessidade de legitimação democrática discursiva do Judiciário ficaram patentes no julgamento de questões complexas, tais como a fidelidade partidária e a autorização de experiências científicas com células tronco-embrionárias. Tivemos, também, a imposição do uso das algemas, o caso da greve dos servidores públicos e o fim do nepotismo nas três funções do Estado. Em seguida, teremos, ainda, julgamentos marcantes, tais como a possibilidade de descriminalização de aborto de fetos anencefálicos, a demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, a constitucionalidade do casamento homossexual e, por fim, a questão das ações afirmativas e das cotas nas universidades públicas.

Esses são exemplos de como o Judiciário vem se tornando o último reduto político-moral da sociedade, nos temas que naturalmente suscitem os chamados desacordos morais razoáveis (*reasonable disagreements*). Vivenciamos, assim, o que Ingeborg Maus chamou de “Superego da sociedade órfã”² e o que Viana Lopes identifica como a “Invasão do Direito”³, no contexto da expansão do papel dos atores judiciais e da própria normatividade no cotidiano das práticas sociais. No “Estado Judicante” é mais fácil conclamar o debate público na corte do que no parlamento. É o fenômeno da acessibilidade dos espaços judiciais, em substituição à representação política tradicional, em que os eleitores demandam de seus governantes as providências necessárias para o bom funcionamento da sociedade. Diante das frustrações da ausência de representação política, o julgador torna-

² Ingeborg Maus. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002, p. 186-187.

³ Júlio Aurélio Vianna Lopes. *A invasão do direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

se, ele próprio, porta-voz de uma ideologia refratária dos desmandos do poder, descendo ao “inferno de uma democracia desnordeada” (Paul Ricouer) e impondo severos comprometimentos ao espaço público e a sua própria instituição. A nova “cidadania judicial” tem que enfrentar velhos fantasmas⁴.

A expansão do poder dos magistrados a partir da assunção do papel normativo da Constituição e como isso acarretou uma mudança comportamental da função judiciária, que da emudecida passividade passou à judicialização excessiva. Como exemplos de tal mudança da paisagem atitudinal, sopesam-se decisões que vão do racismo e sexismo explícitos – como aquela proferida por um juiz mineiro que considerou inconstitucional a Lei Maria da Penha e diabólicas as mulheres –, passando pela marca patrimonialista do nosso Judiciário – encarnado na magistrada paraibana que atestou ser o julgador “incomparavelmente superior a qualquer outro ser material” –, até as recentes construções jurisprudenciais que, (re)habilitando instrumentos constitucionais legítimos e democráticos, como o mandado de injunção para efetivar o direito de greve no serviço público, ressignificam a gramática dos direitos fundamentais.

Esse artigo constitui-se de breves digressões iniciais sobre os elementos do debate, na tentativa de cumprir a função de noticiar as vozes mais destacadas que refletem a preocupação com essa complexa atividade que o Estado Democrático de Direito consagra como um de seus pilares fundamentais.

A EXPANSÃO DO PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

Até que ponto os atos de controle do Poder Judiciário sobre os demais poderes da República cingem-se ao campo jurídico e a partir de que instante esse controle perpassa conteúdos de deliberação eminentemente política e sobre relações sociais complexas e fragmentárias? Ou seria preferível perguntar qual a intensidade e legitimidade do *judicial policy-making*? O tema é extremamente instigante e perfila algumas nuances variáveis na

⁴ Paul Ricouer. Prefácio de Antoine Garapon. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. [Prefácio de Rio de Janeiro: Revan, 1999.

doutrina, mas todos aferrados ao mesmo objeto central: a análise conjuntural do fenômeno denominado “Expansão do poder do Judiciário” (Stone Sweet, Tate e Vallinder)⁵.

O tema não é recente tal qual alguns imaginam: Bernard Schwartz, na década de 1960, dissertava acerca da capacidade do Judiciário interferir da maneira mais incisiva na vida política, em ordem a legitimar o grau de importância que a população deposita nas instituições democráticas, ou, mais precisamente, a credibilidade que esta instituição tem perante o público. Schwartz advoga que a base de sustentação da Corte Suprema americana são a Constituição e a opinião pública⁶.

Nos últimos anos, alguns autores já apresentaram constructos significativos para o tema e seus correlatos aspectos, destacando-se Cappelletti, Garapon, Boaventura Santos, Ingeborg Maus, além dos já referenciados Sweet-Stone, Tate e Vallinder⁷. Entre nós, ocupam a centralidade dos debates os trabalhos de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo; e Marcelo Baumam Burgos⁸; e, ainda, Marcus Faro de Castro, que introduz uma específica e qualificada visão sobre o tema⁹.

Em um primeiro esforço, impende esclarecer o que vem a ser *judicialização* (ou *juridificação*) – expressão tão feia, segundo Teubner, quanto à realidade com a qual se

⁵ As obras referenciais são as seguintes: Alec Stone Sweet. *Judicialization and the Construction of Governance*. In: Martin Shapiro; e Alec Stone Sweet. *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.71; e C. Neal Tate; e Tobjörn Vallinder. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: University Press, 1995, p. 2.

⁶ Bernard Schwartz. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. Da mesma quadra, cf. Glendon A. Schubert. *Constitutional politics: the Political Behavior of Supreme Court Justices and the Constitutional Policies that they make*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1960. No mesmo sentido, cf. Lawrence Baum. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985, p. 328. Esse autor demonstra que os sistemas político-jurídicos atuais não são capazes de evitar choques entre os poderes e muito menos de evitar repercussões indesejadas. Principalmente, nos países que adotam o sistema presidencialista de governo em razão da tendência natural de hipertrofia do Poder Executivo.

⁷ Cf. Mauro Cappelletti. *Juizes Legisladores?* Trad. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993; Antoine Garapon. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; Boaventura de Souza Santos. *Direito e Democracia: A Reforma Global da Justiça*. In: José Manuel Pureza e Antônio Casimiro Ferreira (orgs.). *A teia global. Movimentos sociais e instituições*. Porto: Afrontamento, 2001, p. 125-177; Ingeborg Maus. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002.

⁸ Luiz Werneck Vianna et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; e Luiz Werneck Vianna et al. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

⁹ Marcus Faro de Castro. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, no. 34, p. 147-156, jun. 1997.

comunica¹⁰. Ela abrange não somente o Judiciário, mas também os órgãos de auxílio, tal como o Ministério Público, cuja atuação é preponderante para a Administração da Justiça¹¹. Ao passo em que a expressão *juridificação* pode conduzir, ainda, a interpretações mais amplas – tal como a potencialização da esfera judiciária para outros recantos da vida social, traduzida na preocupação de um aumento na presença da Administração da Justiça nas condutas –, a expressão *judicialização* é preferida por alguns autores, pois identificam o principal argumento do debate: a projeção do Judiciário (ou da Administração da Justiça) no âmago de discussões afeta à seara política majoritária¹².

Há uma grande ambivalência na expressão, especialmente quanto aos diferentes conteúdos descritivo e normativo. Na acepção descritiva, corresponderia, assim, à “proliferação legal” ou, na perspectiva habermasiana, à tendência de incremento do direito dogmático. Ainda, nessa acepção, define a perspectiva de um “monopólio do direito pelos operadores jurídicos”, da “construção do poder judicial” e da “expansão do poder judicial”. Alguns outros associam genericamente a juridificação ao contemporâneo processo de emergência de uma cultura jurídica, disseminando influxos do universo jurídico e suas respectivas condutas legais em todos os setores, público e privado¹³.

Em termos normativos, a expressão “juridificação” é entendida como viga-mestra da democracia constitucional, o triunfo da ordem jurídica sobre o despotismo; de outra sorte, na idéia de dominação legal e da própria normatividade.

Com Maciel e Koerner, é possível compreender que a judicialização da política

¹⁰ Günther Teubner. *Juridification. Concepts, Aspects, Limits, Solutions*. In: Günther Teubner (ed.). *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1987, p. 7.

¹¹ Cf. Rogério Bastos Arantes. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.

¹² Importante ilação propõem Maciel e Koerner: “Os juristas usam o termo judicialização para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente. Próximo a esse sentido, mas já com caráter normativo, afirma-se que judicialização é o ingresso em juízo de determinada causa, que indicaria certa preferência do autor por esse tipo de via. Refere-se a decisões particulares de tribunais, cujo conteúdo o analista consideraria político, ou referente a decisões privadas dos cidadãos (como questões de família). Decisões judiciais particulares poderiam ser sujeitas a escrutínio e seu conteúdo poderia ser avaliado como “grau de judicialização”. A expressão é usada neste sentido mesmo para decisões que não são propriamente judiciais como no caso da verticalização das coligações políticas decidida pelo TSE”. Débora Maciel; e Andrei Koerner. *Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises. Lua Nova*. São Paulo, n. 57, p.113-133, São Paulo, 2002, p. 115.

¹³ Nesse sentido, cf. Júlio Aurélio Vianna Lopes. *A Invasão do Direito: A expansão jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Moral*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não-decisão. Daí que a idéia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais.¹⁴

Tentando aclarar o sentido da expansão dos poderes dos juízes, Vallinder, como nos lembra Ernani Carvalho, considera que existem dois tipos ou formas de judicialização¹⁵:

- a) *from without* corresponde à reação do judiciário frente a provocação de terceiro, que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer esta revisão o Judiciário estaria ampliando seu poder frente aos demais poderes; e
- b) *from within*, é a utilização de membros do Judiciário na administração pública: corresponde à incorporação da metodologia e procedimento judiciais pelas instituições administrativas que eles ocupam.

Como constata Carvalho, a ênfase é maior quanto à primeira forma.

Essa concepção de juridificação possibilita, segundo esse mesmo autor, um “hiperdimensionamento” do caráter procedimental da atuação judiciária, não significando que a ampliação desta corresponderá uma efetiva prestação jurisdicional da cidadania; de mais a mais, também sucede esse “hiperdimensionamento” em caráter substancial, de modo a restar discutível quais os parâmetros para a interveniência do Judiciário, por exemplo, quanto a políticas públicas, porquanto componente afeto aos outros Poderes, eleitos pelo voto da maioria.

O estabelecimento desses limites é um desafio para o constitucionalismo e para as teorias jurídica e política contemporâneos. Em diferentes ângulos de indagação se fala até em concentração de poder político dos juízes, com desdobramentos na ampliação do espaço público, imiscuído pela já proclamada “ditadura dos magistrados”¹⁶.

¹⁴ Débora Maciel; e Andrei Koerner. Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises. *Lua Nova*. São Paulo, n. 57, p.113-133, São Paulo, 2002, p. 114.

¹⁵ Ernani Rodrigues de Carvalho. A Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. *4º Encontro Nacional da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2004, p. 12.

¹⁶ Ingeborg Maus. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, 183-202, nov. 2002.

O PRAGMATISMO JUDICIÁRIO E SUAS ARMADILHAS: O PAPEL POLÍTICO DO PODER JURÍDICO

O tensionamento entre os Poderes suscitado pela atuação proeminente do Judiciário revela em seu âmago o problema da legitimidade das decisões que põem em discussão direitos de cunho social/prestacional¹⁷, tal como é o caso de sentenças emanadas pelos juízes brasileiros que determinam a inclusão/criação de vagas no sistema público de educação, a extensão de benefícios a categorias de trabalhadores não contempladas em dado ato normativo, e, ainda à guisa de exemplo, o fornecimento de medicamentos, com base no preceito do art. 196 da Constituição, consoante pondera Lenio Streck¹⁸, convicto num pleno acordo entre constitucionalismo e democracia e conforme, ainda, com a perspectiva defendida por Hans-Peter Schneider, para quem a “Constituição é direito político: *do, sobre e para* o político”.¹⁹

Com efeito, no transcurso da segunda década de atividade constitucionalmente renovada, o Supremo Tribunal Federal (STF) consolida-se como engrenagem vital do projeto republicano, na busca pela legitimação da jurisdição qualificada que lhe é inerente.

A experiência pós-1988 revela uma aspiração às condições de possibilidade da democracia deflagrada, mas ao mesmo tempo, grande ceticismo ou, até mesmo, certo tom de “lamentação” em torno das propostas de realização do projeto constitucional pró-cidadania que, por sua própria dimensão prospectiva complexa, é repetidamente conspurcada.

Em verdade, a debilidade de concretização dos direitos sociais, por fatores múltiplos, não foi capaz de arrefecer a luta, cada vez mais sensível, pelo reconhecimento jurídico de interesses setoriais da sociedade contemporânea. Exsurge, assim, uma

¹⁷ Cf. Gustavo Rabay Guerra. A concretização judicial dos direitos sociais, seus abismos gnoseológicos e a reserva do possível: por uma dinâmica teórico-dogmática do constitucionalismo social. *Consilium*. Brasília, a. 1, n. 1, 2006.

¹⁸ Lenio Luiz Streck. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 329.

¹⁹ Hans Peter Schneider. La Constitución – Función y Estructura. In: *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 35-52 *apud* Lenio Luiz Streck. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 325.

concepção midiática/massificadora do Direito, reduzindo-o a objeto de apropriação das expectativas dos diversos segmentos sociais que dele se valem para fins diversos: da resolução de conflitos que constitui seu escopo essencial à contemporização das oportunidades estamentais desencadeadas com a re-configuração administrativa do Estado, em que o bacharelismo jurídico ocupa centralidade.

O processo sugerido resulta em uma espécie de “juridificação” ou “judicialização” societal fragmentária e paradoxal. Dois são os motivos para essa constatação: de um lado, verifica-se a ampliação da função judicial no Estado de Direito, em que avulta o papel da *jurisdição constitucional* e todo o debate de sua legitimação na controle/revisão dos atos dos demais poderes. Bem assim, recrudescer a possibilidade de uma mediação pró-ativa entre a Constituição – compreendida como uma *ordem estrutural de valores* – e a realidade social, uma vez reconhecida a normatividade/operatividade dos princípios constitucionais e toda sua carga hermenêutico-argumentativa²⁰.

Por outro lado, é importante notar imensas lacunas metodológicas e dogmático-aplicativas do direito contemporâneo, resultando no paradoxo aqui indiciado: muita produção jurídica e apelos crescentes para incrementos reflexivamente inexauríveis de juridicidade e, simultaneamente, maiores incertezas e uma complexidade progressiva de responsividade a esses dilemas.

Aqui, caberia ao primeiro sentido o alerta de entronização do Judiciário feita por Maus, em que a sociedade transfere todo o ônus moral-convivencial dos mais significativos dilemas ao tribunal constitucional, que passa a ser o “superego” dessa sociedade, que, por sua vez, resta infantilizada, pois se “a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social”²¹.

De outra sorte, a leitura de que o exercício da *jurisdição em matéria constitucional*²² pode ser desempenhado de maneira legítima e ampliativa do espaço

²⁰ Cf. Gisele Cittadino. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: Luiz Werneck Vianna (org). *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: UFMG-IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 17-42.

²¹ Ingeborg Maus. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002, p. 186-187.

²² A expressão “jurisdição em matéria constitucional” é preferível, pois, no Brasil, toda jurisdição é jurisdição constitucional. Cf. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, *passim*; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. *Direito processual constitucional*. Belo

público a ela circular, fornece substrato denso para clarificar a senda de respostas não efetivas que o modelo democrático brasileiro está a trilhar.

Com efeito, é preciso notar que a tutela da Constituição por parte do STF mobiliza sentimentos imbrincados na consciência e identidade dos sujeitos constitucionais, contemplando notável inserção na esfera pública. O que se vê, no entanto, é uma total descrença no papel lógico-legitimante dos membros do Judiciário, por parte dos atores sociais. A recorrente estigmatização de um Judiciário “político” é demasiado estranha e tautológica: não será toda e qualquer manifestação do Estado demonstração de sua força e de seu monopólio regular do espaço convivencial sob uma dimensão político-orgânica?

As implicações de uma decisão judicial na vida coletiva combinadas com as recorrentes ferramentas de inserção comunicacional (além do aparato midiático convencional, há o canal de televisão do Judiciário, a “Rádio Justiça” e transmissão das sessões e notícias em “tempo real” na Internet, entre outras formas) expande, cada vez mais, o grau de participação dos atores sociais na formação da consciência sobre o Judiciário.

Isto posto, aponta-se para uma crescente confusão – cognitivamente vulgar, acerca da forma como decidem os membros da Corte Constitucional pátria, sendo divulgado pela mídia e pela opinião pública em geral que os magistrados do Supremo ora decidem de acordo com suas convicções pessoais, ora o fazem por motivações político-partidárias ou, até mesmo, comprometimentos idiossincráticos decorrente das pressões exercidas por grupos setoriais ou pela própria conjuntura econômica.

A leitura que se faz da atuação da Corte presume-se equivocada por total desconhecimento de causa ou tem conotações ideológicas mais profundas, pois eventualmente representaria um estratagema de diversos entes, sejam eles públicos ou privados, com interesses de diferentes graduações na desmobilização do Poder que julga todos.

O reducionismo das análises difusamente produzidas chega a proclamar um *neorealismo jurídico*: os magistrados do STF julgam de acordo com os resultados que serão ventilados pela decisão que lhes cabe tomar; se há lógica no processo decisional, ela está radicada no alcance dos resultados práticos. Com isso, reduzem-se os Ministros do

STF a reféns do consequencialismo de seus atos. Parece haver, aí, dissonantes acordes de um *pragmatismo* jurídico crônico²³.

É a própria tensão permanente visualizada em como a função judicial se transformou em uma necessidade de amparo da democracia e, ao mesmo tempo, como a presença de órgãos judiciais fortes pode ser uma ameaça ao pluralismo e ao modelo das maiorias.

Aqui assume inegável relevância o debate deflagrado por Habermas e seguido por uma maciça corrente teórica que revista os fundamentos do *judicial review*, a partir de uma sondagem sobre a estrutura reflexiva do Direito e sua inserção no contexto do Estado democrático de Direito, em que os limites do controle judicial de constitucionalidade das normas pressupõe uma resignificação do papel do Judiciário na defesa de uma democracia contra-majoritária²⁴.

Na perspectiva em que ativismo das cortes é exigência do constitucionalismo contemporâneo, os instrumentos de controle político se tornam frágeis a ponto de serem substituídos pela vontade de fazer democracia dos julgadores. Diante desse paradoxo, Mark Tushnet provocou intensamente a literatura jurídica norte-americana sobre o tema, ao publicar um artigo em que sugere a promulgação de uma emenda à Constituição dos Estados Unidos para extinguir o controle de constitucionalidade concentrado, por ele denominado “*End Judicial Review Amendment*” (EJRA).²⁵

Tushnet acusa a U.S. Supreme Court de violar a democracia quando busca exercer, sem limites, aquilo que se convencionou chamar “*a melhor interpretação da Constituição*”, dentre aquelas objeto de “desacordos razoáveis”.

²³ A discussão parte de Richard Posner. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge-London: Harvard University, 2003. No Brasil, os trabalhos mais significativos são os seguintes: José Eisenberg. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: Luiz Werneck Vianna (org). *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: UFMG-IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 43-62; e José Eisenberg; e Thamy Pogrebinski. Pragmatismo, direito e política. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo, n. 62, p. 107-121, 2002; Luiz Prado. Filosofia do Direito e pragmatismo. *Revista de Direito e Política*, v.1, n.1, p.11-13, jan.-abr. 2004.

²⁴ Cf. Jürgen Habermas. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1 e 2..

²⁵ Mark Tushnet. Democracy versus judicial review: is it time to amend the constitution? *Dissent*. Nova Iorque, v, 2, n. 52, 2005, p. 59-63. Caso aprovada a EJRA determinaria o seguinte: “Salvo autorização do Congresso, nenhuma Corte dos Estados Unidos ou de qualquer um dos Estados terá o poder de revisar a constitucionalidade das leis editadas pelo Congresso ou por qualquer das legislaturas estaduais”.

Sem uma perspectiva avançada de deliberação pública, em meio às disputas interpretativas a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais, o STF passou a empregar marcos teóricos sofisticados, mas pouco reflexivos, para permitir-lhe o emprego desmedido do *princípio da proporcionalidade*, de modo que os casos difíceis passam a ser solucionados na base de um juízo de ponderação, em que Tribunal é quem vai estabelecer quais os valores preponderantes para cada situação concreta. A textura aberta que a balanceamento de princípios pode corresponder às concepções autoritárias de Estado²⁶.

O JUDICIÁRIO COMO MEDIUM DEMOCRÁTICO: OS LIMITES DECISIONAIS CONTRA-MAJORITÁRIOS

Em virtude da necessária costura epistemológica do tema, oferecemos uma aproximação da questão pelo prisma da teoria democrática, na perspectiva defendida por Cláudio Pereira de Souza Neto, de uma compreensão e legitimação da jurisdição constitucional a partir da tomada de visão de uma democracia que se caracteriza não apenas por regras tais quais a do voto majoritário, mas do respeito das minorias contra as decisões arbitrárias da maioria²⁷.

No rastro desse pensamento, consente que a revisão judicial dos atos dos outros poderes, que foram eleitos pelos governados, se dará por um outro órgão, não eleito pela maioria:

Mas isso – ressalta, torna-se coerente se atentarmos que se trata justamente de um mecanismo adequado à proteção das minorias, cujos direitos fundamentais são considerados como condições de associação”. Embora o voto majoritário garanta uma situação de autonomia para a maioria das pessoas, e, portanto, “do ponto de vista utilitarista, possibilite o maior grau de felicidade para o maior número, não tem necessariamente compromisso com o respeito aos direitos individuais, embora possa eventualmente servir para protegê-los.²⁸

Marcus Faro, ao analisar o impacto político do comportamento do Supremo Tribunal Federal, ressalta que, do ponto de vista do processo político o fenômeno promove uma interação entre os Poderes que não é, necessariamente, prejudicial à democracia, eis

²⁶ José Eduardo de Resende Chaves Júnior. O Direito “Dúctil” de Gustavo Zagrebelsky: flexibilidade exegética ou misticismo judiciário? *Juízes Free*. Disponível em: http://www.juizesfree.hpg.com.br/governo_e_politica/93/index_int_zagrebelsky.html. Acesso em: 20 mar. 2007.

²⁷ Cláudio Pereira de Souza Neto. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 51.

²⁸ *Idem*, p. 52.

que ela sucede quando “os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’”.²⁹

No Brasil, ressalta Carvalho, esta interação se dá a partir dos tribunais judiciais (especialmente o STF), do governo e dos partidos políticos, das associações profissionais relevantes e da opinião pública³⁰.

Embora o Judiciário venha causando algum impacto sobre o Legislativo e o governo, freqüentemente através da concessão de liminares, “uma parcela diminuta dessas ações resultaram em decisões substantivas do mérito”, o que indica que o processo de judicialização da política ainda se encontra num estágio embrionário no país e, além disso, em sua maioria favorece as políticas governamentais³¹.

O que Habermas denomina *juridificação da política* ou *positivação do direito natural* constitui uma espécie de adensamento do direito nas esferas da vida social (fato típico do Estado de Bem-Estar Social). Tem lugar então a *judicialização da política* como resultado da interpretação das cortes judiciais sobre as políticas legislativas ou executivas do Estado, interpretações essas que só têm lugar porque o sistema democrático permite tais provocações interpretativas sobre as leis erigidas³².

John Hart Ely propõe uma concepção procedimental de democracia, segundo a qual o Judiciário está legitimado para defender a representação dos cidadãos por meio de uma interpretação da Constituição que assegure as condições de desenvolvimento do jogo democrático. Assim, a questão central consiste no fato de que “um corpo que não é eleito ou de outra forma, politicamente responsável ou em qualquer outra forma estará dizendo

²⁹ Marcus Faro de Castro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, n. 34, 1997, p. 149 ss. No rastro do mesmo pensamento, poderíamos sugerir que a judicialização da política, ao contrário do que se presume corriqueira e ingenuamente, não representa um atentado à cláusula de independência e harmonia entre os poderes.

³⁰ Ernani Rodrigues de Carvalho. A Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. *4º Encontro Nacional da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2004.

³¹ Marcus Faro de Castro. *Op. cit.*, p. 151-154. Através da análise de 1.240 acórdãos, o autor conclui que “com exceção da política tributária, o STF preponderantemente não tem desenvolvido jurisprudência em proteção a direitos individuais e em contraposição às políticas governamentais”.

³² Cf. Jürgen Habermas. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 48.

aos representantes eleitos pela população que eles não podem governar como gostariam”.³³ Com relação às políticas públicas, Ely não considera legitimado o Judiciário para deliberar com autonomia face às maiorias.

Para Bruce Ackerman, os juízes podem adotar posições *contra-majoritárias* sempre que os membros dos demais poderes atentarem contra os princípios basilares da Constituição, uma vez que a maior parte dos cidadãos da geração atual não está vinculada à discussão pública sobre política e moralidade³⁴.

Sua concepção dualista conduz a um debate, segundo, Eduardo Appio, entre os “princípios constitucionais que decorrem da vontade de uma geração passada, formada por cidadãos efetivamente interessados nas questões políticas, e a geração presente, que se faz representar no Congresso Norte-Americano, mas que raramente se envolve com o debate sobre os destinos da comunidade”.³⁵

A percepção juridificante das decisões políticas, em especial as pertinentes a direitos sociais, transcende os mais elementares contornos de uma democracia calcada apenas na regra majoritária, instaurando um novo ciclo dialógico no qual o Judiciário representa, em si, um retorno às bases ideológicas de legitimação da Constituição.

O vertente preparo teórico tem a pretensão de apenas discorrer sobre essas implicações prefaciais do enfoque. Em outra oportunidade, tentaremos estabelecer uma análise mais circunstanciada acerca de grandes dilemas enfrentados pela democracia brasileira em que a centralidade das controvérsias é assumida pelo Poder Judiciário, sendo este freqüentemente acusado de se imiscuir em matérias eminentemente “políticas”.

Precisa-se ter em mente, entretanto, que os limites da tarefa jurisdicional não se confundem, a rigor, com a interpretação “técnica” dos atos legais e demais fontes normativas que se apresentam dogmaticamente organizadas, em sentido positivo-normativista estrito, mas refere-se a fatos da vida, questões concretas e, não raro, trágicas.

A acessibilidade dos espaços judiciais, em substituição à representação política tradicional, em que os eleitores demandam de seus governantes as providências necessárias

³³ John Hart Ely. *Democracy and distrust – a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 5.

³⁴ Cf. Bruce Ackerman. *We the People: Foundations*. Massachusetts: Harvard University Press, 1990.

³⁵ Eduardo Appio. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 30-31.

para o bom funcionamento da sociedade. É a cidadania e a participação política por meio do direito. A cidadania pela via judiciária.

Se há limites éticos ao ativismo político dos juízes, tais só poderão ser ponderados a partir do recorte histórico e do estudo de casos, implicados em uma linguagem que reconheça a integridade e a idiosincrasia do debate brasileiro.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Massachusetts: Harvard University, 1990.

AGRA, Walber de Moura. *A Reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *Órgão jurisdicional e sua função: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e o controle do poder judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

BADINTER, Robert; e BREYER; Stephen (orgs.). *Les Entretiens de Provence: Le juge dans la société contemporaine*. Paris: Fayard-Sorbonne, 2003.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. O STF e a teoria constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *15 anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 209-218.

BARRY, Brian. *Democracy, Power and Justice: Essays in Political Theory*. Oxford: Clarendon, 1989.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985.

- BAUM, Lawrence. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Ann Arbor: University of Michigan, 1997.
- BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. Washington: Congressional Quarterly, 2001.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. *El Control Democrático del Poder Judicial en España*. Curitiba: Universidad de Burgos, Moinho do Verbo, 1999.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BINEMBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. A Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. *4º Encontro Nacional da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2004.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de sociologia e política*. Curitiba, n.23, p.115-126, nov. 2004.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, mai. 1999.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 215-232.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: UFMG-IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 17-42.
- COUTO, Sérgio. Justiça rápida depende de vontade política. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Brasília, a. 2, n. 5, mai. 2008, p.118-122.
- COX, Archibald. *The court and the constitution*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1987.
- DAHL, Robert. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 1997.

- DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DRYZEK, John S. *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*. Oxford: Oxford University, 2000.
- EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: UFMG-IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 43-62.
- EISENBERG, José. *A democracia depois do liberalismo: ensaios sobre ética, direito e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.
- ELSTER, Jon. *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University, 1998.
- EPSTEIN, Lee; e KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington, DC: Congressional Quarterly, 1998.
- FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.
- FARIAS, Paulo José Leite. A Dimensão Comunicativa da Suprema Corte Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 131, jul-set. 1996, p. 175-196.
- FAVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de Constitucionalidade e Política Fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003
- FAVETTI, Rafael Thomaz. Judiciário: Novo Objeto de Análise em Ciência Política. *Vitrais: Revista do Mestrado em Ciência Política Universidade de Brasília*. Brasília, n. 2, 2002.
- FEREJOHN, John. *Judicializando a política, politizando o direito*. Trad. Thiago Nasser e José Eisenberg. Rio de Janeiro: CEDES/IUPERJ-ENM/AMB, 2005 [publicado originalmente em Hoover Digest, n. 1, inverno, 2003].
- FRIED, Charles. *Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, Dez. 2005.
- GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. [Prefácio de Paul Ricouer]. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da Magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

GRIFFIN, Stephen M. The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights. *Tulane Law School Working Paper*, n. 1, set. 2003.

GUERRA, Gustavo Rabay. A concretização judicial dos direitos sociais, seus abismos gnoseológicos e a reserva do possível: por uma dinâmica teórico-dogmática do constitucionalismo social. *Consilium*. Brasília, a. 1, n. 1, 2006.

GUIMARÃES, Aline Lisbôa Naves. A primeira audiência pública do Supremo Tribunal Federal: uma análise da participação social nos debates constitucionais. *Constituição e democracia*, n. 20, 2008 [no prelo].

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1 e 2.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Speiber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART ELY, John. *Democracy and distrust – a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

HELD, David. *Modelos de democracia*. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia com Juízes. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, a. 24, n. 94, p. 31-47, abr-jun. 2003.

KOERNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Hucitec-USP, 1998.

KOERNER, Andrei. *Qual judiciário para a democracia brasileira? Direito Federal - Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Brasília, v.21, n.75-76, p.65-84, jan.-jun. 2004.

LANIER, Drew Noble. *Of Time and Judicial Behavior: United States Supreme Court Agenda-Setting and Decision-Making, 1888-1997*. Selinsgrove: Susquehanna University Press, 2003.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A Invasão do Direito: A expansão jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Moral*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

- LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 135-141.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2002.
- MAVEETY, Nancy. 2003. *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2003.
- MELO, Manuel Palácios Cunha. A suprema corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: UFMG-IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 63-92.
- MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MÜLLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do judiciário na República Federativa do Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 3, 2005.
- NALINI, José Renato. Os três eixos da reforma do Judiciário. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 75, p. 67-72, abr. 2004.
- NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University, 1996.
- O'BRIEN, David M. *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*. Nova York: W.W. Norton, 2005.
- OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge-London: Harvard University, 2003.
- QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O Controle Judicial de Atos de Natureza Política Praticados Pelo Poder Legislativo Federal - Os Limites da Matéria Interna Corporis*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Discurso Jurídico e Prática Política: Contribuição à análise do Direito a partir de uma perspectiva interdisciplinar*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.
- RECK, Janriê Rodrigues. Espaços públicos de comunicação e controle judicial: uma discussão necessária. *Revista do Direito - Universidade de Santa Cruz do Sul*, n.17, p.95-128, jan.-jun. 2002.

- RICHARDSON, Henry S. *Em defesa de uma democracia qualificada*. In: MERLE, Jean-Christophe; e MOREIRA, Luiz (orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 175-194.
- ROSANVALLON, Pierre. La justice, nouvelle scene de notre democratie. *Libération*. Paris, 6 abril. 1995.
- ROSENFELD, Michel. O Direito enquanto discurso: reduzindo as diferenças entre direitos e democracia: notas sobre faticidade e validade. Contributos para uma teoria discursiva do Direito e para democracia. *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*. São Luís, n.10, p. 9-44, jan./dez. 2003.
- SADEK, Maria Tereza. *O Judiciário em Debate*. São Paulo: Sumaré, 1995.
- SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SCHUBERT, Glendon A. *Constitutional politics: the Political Behavior of Supreme Court Justices and the Constitutional Policies that they make*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1960.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TRIBE, Lawrence; WALDRON, Jeremy; e TUSHNET, Mark. On Judicial Review. *Dissent*, Nova Iorque, v. 51, n. 3, 2005.
- TUSHNET, Mark. Democracy versus judicial review: is it time to amend the constitution? *Dissent*. Nova Iorque, v, 2, n. 52, 2005, p. 59-63.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Libertar os juizes*, São Paulo, Folha de São Paulo, 6 abr. 2004.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. *On law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.