

Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional

Grupo de Estudos *A Jurisdição Constitucional e a Democracia*

Sumário

Introdução. 1. Dinâmica do grupo *A Jurisdição Constitucional e a Democracia*. 2. Resgate histórico. 3. Entre o legislador e o juiz. 4. O sentido da norma. 5. A moralidade e o direito. 6. Conclusão.

Introdução

No início do segundo semestre de 2002, o Grupo de Estudos sobre o tema “A Jurisdição Constitucional e a Democracia” teve como uma das suas razões para ser instituído o atual e intenso debate constitucional norte-americano, no intuito de redefinir em novas bases teóricas e políticas a sua experiência do *Judicial Review of Legislation*¹. A outra, fundamentou-se, também, no fato de o Tribunal Constitucional Federal Alemão estar vivenciando, no presente momento, os mesmos problemas de legitimidade materializada pela sua congênera norte-americana. É o caso das interpretações elaboradas a esse respeito por Ingeborg MAUS e Jürgen HABERMAS². Não podemos ainda esquecer que, no Brasil, não estamos distantes dessas reflexões, que decorreriam, entre nós pelo desenvolvimento de trabalhos monográficos e pontuais, notadamente no campo principiológico³.

O Grupo de Estudos *A Jurisdição Constitucional e a Democracia* foi constituído no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho e é composto pelo Prof. Dr. José Ribas Vieira, pelo doutorando Igor de Abreu e pelos mestrandos Ataliba Pinheiro Espírito Santo, Francisco A. L. Moura, Gilza Nobre, Josué Mastrodi Neto e Manuela Martins. O presente texto foi consolidado graças à contribuição do mestrando Josué Mastrodi Neto.

1. Dinâmica do grupo *A Jurisdição Constitucional e a Democracia*

De forma periódica, o grupo de estudos vem-se reunindo para discutir sobre os uni-

versos de reflexão acima mencionados, destacando-se, até o presente, a vontade do legislador e o ativismo judicial no espaço da jurisdição constitucional. Tais reuniões têm-se baseado nas reflexões a respeito de determinados textos e, nesse sentido, foi escolhida, numa etapa inicial, a obra de José ACOSTA SÁNCHEZ (1998)⁴. A escolha desse trabalho para análise deveu-se ao interesse daquele autor em resgatar historicamente toda a trajetória da jurisdição constitucional. Em seguida, num sentido mais direcionado a respeito dos papéis do legislador e do juiz, foi privilegiada a leitura de Luis PRIETO SANCHÍZ (2000). Afastando-nos do núcleo central de nossos estudos, caminhamos mais para um detalhamento a respeito da função interpretativa e do sentido da norma, recaindo nossa escolha em A. Castanheira NEVES (1998)⁵. Culminando esse quadro, voltamos para um exame do Direito (juiz) e da moralidade a partir de uma análise de Robert ALEXANDER (2000)⁶.

Estes, portanto, são os autores cujas reflexões, a seguir, analisamos e às quais aduzimos algumas conclusões percebidas como mais relevantes para o tema em apreço. Para um próximo trabalho, aplicar-nos-emos na análise da Constituição europeia recém-divulgada. Não seria demais destacarmos que o atual processo de unificação europeia ocorre sob o respaldo de mais de 200 anos de teorização constitucional americana e europeia e que a união americana surgiu, justamente, com a mitigação de soberanias em prol de um objetivo comum, qual seja, o surgimento de um Estado federado forte.

2. Resgate histórico

Da leitura da obra citada de ACOSTA SÁNCHEZ (1998), compreendemos a atual crise da Constituição tomando como fundamento o seu conceito e a delimitação do seu sentido material.

Direcionamos, assim, nossa atenção para o estudo histórico da Constituição promovido por esse autor tendo como referên-

cia a trajetória da Jurisdição Constitucional norte-americana. Para perceber a especificidade da Constituição norte-americana e do *Judicial Review*, ACOSTA SÁNCHEZ inicia sua reflexão sobre o universo anglo-saxônico do final do século XVI e início do século XVII, destacando, entre outras contribuições, o pensamento jurídico de Edward Coke. Esses pontos históricos reforçam o sentido de que a *Judicial Review* apresenta uma *natureza autóctone* norte-americana, oriunda de sua própria complexidade histórica em relação à sua matriz inglesa. Mais precisamente, a investigação de ACOSTA SÁNCHEZ a respeito do *Judicial Review* está fundamentada nas origens da concepção da Constituição como *lei suprema* (art. VI da Constituição dos Estados Unidos de 1787).

Uma outra variável que merece estudo por parte de ACOSTA SÁNCHEZ, no intuito de compreender adequadamente a noção de *lei suprema*, é o princípio da separação de poderes. O autor faz uma incursão na Alemanha e, principalmente, na França, onde encontra Tribunais autônomos ao poder régio.

ACOSTA SÁNCHEZ estuda, também, a contribuição da teoria do Estado (Hobbes, Spinoza e Vattel) para responder às questões e às particularidades do constitucionalismo e do Direito Constitucional norte-americano.

Para articular os conceitos de separação de poderes e de *lei suprema*, o Autor sublinha, ainda, a importância do pensamento de Montesquieu para caracterizar a dinâmica político-social nos EEUU no final do século XVIII, comparando o papel da aristocracia na França com a criação e instrumentalização de uma “aristocracia” norte-americana via Senado (uma vez que, após a Independência norte-americana, não havia nobres nos Estados Unidos).

Não obstante isso, o modelo norte-americano teria ainda *hipertrofiada* a separação de poderes, por exemplo, na relevância do Poder Executivo por força do instituto do

veto absoluto. Entretanto, na referida obra, o autor destaca que o veto absoluto não foi suficiente à estruturação de uma ordem política estável. Nesse sentido, o Poder Judiciário se impôs, independentemente do art. 3º da Constituição de 1787, como instrumento para instituir o que veio a ser chamado de *bloco da legalidade*⁷.

Corroborando essa falta de clareza sobre a real função do Poder Judiciário norte-americano naquele contexto, há uma análise do pensamento de Adams que não conseguiu explicitar, normativamente, essa presença do Judiciário norte-americano dentro da concepção de Jurisdição Constitucional.

Vencida essa etapa histórica inicial no contexto norte-americano, definida mais nitidamente com o caso *Marbury versus Madison* (1803), merece ser observado que tal discussão não se encerrou, haja vista que o século XIX foi marcado por uma intensa luta política quanto ao papel prevalente – ou não – da Corte Suprema (Poder Judiciário) sobre os demais órgãos constitucionais. Estabelecido esse quadro mais geral a respeito da trajetória histórica naquele país, cabe detalhar agora essa complexa dinâmica.

MABLY⁸ (apud ACOSTA SÁNCHEZ, 1998, p. 20) perguntava-se diante da Constituição da Pensilvânia (1776), que criava o Conselho de Censores, contra os futuros legisladores,

“como era possível, na hora de lançarem os fundamentos de uma República, ignorarem que nada pode limitar o Legislativo e em lugar de fazer o mesmo (Poder) ser tão grande e completo, como deveria ser, recusarem a ele a faculdade de alterar e não permitirem que fosse mudado nada de sua primeira Constituição?”

Na realidade, a teoria política, no tocante ao Estado, desde o Renascimento até a ante-sala da Revolução Francesa, era inconcebível a limitação ao legislador. Não se podia pensar que o Soberano (uma pessoa, uma assembléia, o povo ou a Nação) autori-

zasse o exame pelos juízes de suas leis ou a anulação destas por um juiz.

Essa identidade soberano-legislador, bem como a inexistente análise do fenômeno da representação política tornavam impossível prever uma hierarquia de leis que desse lugar a uma, suprema, obra direta do soberano e, ainda, a exigência de defendê-la juridicamente das leis de seus representantes. Por isso, a Constituição não poderia ter sido precedida de uma doutrina de sua superioridade. Por isso, acentua ACOSTA SÁNCHEZ (1998), ela seria o resultado de um processo histórico, só teorizável *a posteriori*.

Historicamente, é preciso ver que nem todos os colonos (norte-americanos) viram o fundamento do seu direito nativo – o da *Common Law* – da mesma forma. Grupos sociais haviam partido (da Inglaterra) com a idéia de criar uma *teocracia* baseada na Bíblia cristã. Os primeiros profissionais do Direito foram pregadores e clérigos que utilizavam as Escrituras e o senso comum para resolver os conflitos de interesses.

A primeira resistência à *Common Law* foi concentrada em Massachussets, Connecticut e Rhode Island, sob o movimento protestante puritano da primeira época colonial. A segunda, a revitalização desses movimentos, durante a Revolução norte-americana. Eram contra as regras de interpretação da *Common Law*, que, segundo eles, só serviam para impor o pensamento dos juízes (*judicial construction*).

Na Europa do século XVIII, paralelamente, o racionalismo caminhou também na mesma direção antiinterpretativa e antijudicial, que fazia a apoteose do Legislativo. César Beccaria afirmava que “a interpretação da lei é um mal”.

O autor aponta, aqui, um grande paradoxo: essa tendência tão moderna e pujante, qual seja, a supremacia do Poder Legislativo, caiu derrotada precisamente durante seu apogeu pela instituição da primeira jurisdição constitucional, a *judicial review of legislation*, revisão das leis pelos juízes, que

tem, nos EEUU, seu grande órgão na Suprema Corte. A derrota do *Império das Leis* pelo *Império de uma Lei*, assim como a vitória dos juízes encarregados da defesa desta plasmaram a revolução jurídica representada tão significativamente pelo Direito Constitucional norte-americano.

Ao passo que a Constituição Política (ou *Statute Constitution*, no sentido de carta política sem força normativa, na forma do Estado de Direito *liberal*) tem como paradigma a Constituição da Virgínia de 1776, a Constituição Normativa (no sentido de norma cogente fundamental do sistema jurídico, que requer a criação de um órgão para sua defesa em face do Legislativo) é o modelo das Constituições da Pensilvânia (1776) e de Nova York (1777) e, dez anos mais tarde, também dos Constituintes Federais. No entanto, nenhuma dessas três logrou êxito na instituição de um sistema de revisão do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.

A intenção dos Constituintes Federais de 1787 era a de formar um “Estado federal forte”, pela aglutinação dos Estados confederados, ou seja, muito mais do que havia conseguido a própria Confederação. Eles objetivavam, dessa forma, construir um Estado federal, convertendo, assim, a jurisdição constitucional num elemento inerente a ele, por mais que isso já estivesse implícito na prática da interpretação das leis pelos juízes feita na *Common Law*.

O maior interesse desses Constituintes não era tanto determinar a Constituição como lei suprema, mas, isto sim, o de garantir a supremacia do bloco da legalidade federal já mencionado (a Constituição Federal, as Leis do Congresso e os tratados internacionais).

A formação e o desenvolvimento, nos EEUU, de um *Judicial Review* não dependia tanto de sua consagração no texto aprovado em 1789, mas resultou da evolução social e política. A Constituição escrita garantiria, em seu início (art. II, em conexão com o IV), apenas a existência da Suprema Corte, com supremacia da União sobre a legisla-

ção e jurisprudência dos Estados-membros, mas não um sistema pleno de jurisdição constitucional, ou seja, um Tribunal Supremo com poder para anular leis do Congresso. Enfim, esse poder foi-se consolidando fruto de seu evoluir histórico e não de sua simples declaração na Constituição Federal de 1789.

Há, a respeito, doutrina de Hamilton, sobre a supremacia da Constituição, que está contida no seu artigo VI e também nos III e IV, bem como a primeira jurisprudência (já mencionada) da Suprema Corte de 1803, elaborada por Marshall; mas, ao contrário do que se afirma com frequência em análises menos detidas, nem a doutrina de Hamilton, nem a de Marshall se afastaram do empirismo da *Common Law*. O primeiro argumenta, no artigo 75 de *O Federalista*, mais com a lógica do que com a Constituição Federal. O segundo apresenta a faculdade dos juízes de revisar as leis não a partir dos artigos III e VI da Constituição Federal, mas como algo derivado da “natureza das coisas e da razão”, ou seja, da *Common Law*.

Depois dessa decisão de Marshall no caso já mencionado *Marbury vs Madison*, a Suprema Corte, até 1865, só havia cassado uma lei e um *Act* processual (e, mesmo assim, apenas parcialmente, e por duas vezes). Só após a Guerra de Secessão (em termos revolucionários, muito mais importante que a Guerra da Independência), com a vitória da União e o seu fortalecimento, é que a Suprema Corte passou efetivamente a controlar a constitucionalidade de leis, tanto federais como estaduais, que contrariassem a Constituição Federal.

A extensa evolução da Emenda XIV de 1868 e de sua interpretação é um compêndio dessa prática e demonstra a predominante influência da História em seu desenvolvimento. A maior parte do Direito Constitucional norte-americano giraria em torno disso até o final do século XIX, em um processo de interpretação que cada vez mais promovia a recriação de seu objeto e o afastamento do texto daquela Emenda. O autor

lembra, ainda, que, passados mais de 100 anos, em 1990, afirmou-se que “a jurisprudência sobre a Emenda XIV se encontra num estado de profunda transformação”(Robin West).

A partir do estudo da dinâmica constitucional dessa Emenda, é possível compreender os efeitos da expansão e potência da *Judicial Review of Legislation* sobre o Direito Constitucional estadunidense. Em definitivo, trata-se de um Direito Constitucional jurisprudencial, conseqüência, por uma parte, da atrofia do *amending power* (devido ao excesso de limites formais impostos pelo art. V da Constituição de 1787), o poder da reforma constitucional, e, por outra, do processo acumulativo da jurisprudência da Suprema Corte, que se pôs em funcionamento em 1789 e alcançou seu maior desdobramento no grande período de ativismo judicial sob as presidências de Warren e Burger (1953-1986).

Essa metamorfose judicial do Direito Constitucional dos EEUU cristalizou, na segunda metade do século XX, uma crescente substituição de sua base formal – a Constituição de 1829 e suas 27 Emendas – por outra, *jurisprudencial, material e aberta*. Essa transformação é vista por um autor como um “processo de desaparecimento da Constituição” e como a gestação de um “Direito Constitucional sem Constituição” (Lino Graglia).

Na Europa, como na América do Norte, houve uma metamorfose do Direito Constitucional imposta pelas transformações da sociedade. “Esta evolução é um fato político, sem dúvida, mas também um fato social”, conforme afirmação de Leo Hamon, explicando a portentosa transformação do Direito Constitucional francês desde 1791.

Todo esse processo pode ser sintetizado deste modo: a existência da Constituição como lei suprema implica a sua metamorfose: *a jurisdição, chamada a defendê-la, necessariamente a transforma*.

Nesse sentido, o *Direito Constitucional Jurisprudencial* se nos apresenta como uma

transformação jurídica de transcendência semelhante à que teve, no passado, a aparição do Direito escrito, do Direito positivo e do Direito Constitucional. O expansivo futuro do fenômeno não se discute:

“na Europa, a jurisdição constitucional é uma instituição destinada a permanecer e a se estender [...] o esforço por limitar o poder dos juízes se situa sobre todo o âmbito da teoria da interpretação mais que na teoria da Constituição ou da democracia”; “O controle da constitucionalidade não pode ser limitado a suas funções originais. Na medida em que as funções governamentais se ampliam, o controle das jurisdições constitucionais há de se estender a novos campos ... seguindo o exemplo dos Estados Unidos A medida em que a Jurisdição Constitucional intervirá na legislação será cada vez maior. As possibilidades de acesso dos cidadãos às jurisdições constitucionais se ampliarão, em parte mediante reformas constitucionais, em parte através de interpretações extensivas ou de práticas compreensivas, como no caso da Itália. À vista da politização crescente da sociedade, essas jurisdições defenderão mais ativamente a estrutura da Constituição, da democracia e do Estado de Direito, assim como os direitos individuais” (Alexander von Brünneck).

Do forte desdobramento do Direito Constitucional jurisprudencial emana a realidade de uma crescente Constituição material *superposta* à original e formal. O que, por sua vez, provoca a necessidade metodológica da Teoria da Constituição de construir um novo conceito para esta, que nada tem que ver com seus anteriores conceitos materiais (como aqueles cunhados por Schmitt, Hauriou, Mortati etc.), senão tomando como base a natureza do Estado atual, sua complexidade, as crescentes necessidades da sociedade em que se move e a ordem internacional em que está inserida.

A chave das novas demandas teóricas e metodológicas é a mesma, pois, da grande transformação que as gera: uma exigência permanente do Direito Constitucional e da constitucionalização do Direito, para cuja satisfação das jurisdições supranacionais se projetam e conectam com as jurisdições constitucionais nacionais em planos de “complementaridade”. (Joël Rideau).

Convém repetir a tese do mestre Jean-François Aubert: “não é possível que a Constituição formal contenha a totalidade das regras constitucionais materiais de um Estado”.

Convertidos os direitos fundamentais (especialmente por causa da conscientização dos horrores causados à humanidade pela Segunda Guerra Mundial) no coração do Estado de Direito e do Direito Constitucional, eles explicam o processo de crescente primazia, na segunda metade do século XX, da jurisdição constitucional dos direitos, ou centro de sua função garantística e o cada vez maior caráter instrumental de suas funções de controle de constitucionalidade e arbitral. Com matizações, “assegurar a constitucionalidade das leis persegue a finalidade única de garantir a vigência dos direitos” (Francisco Rubio Llorente).

“Apenas em dois países, os juízes constitucionais são ‘os juízes da lei’: França e Itália. E não se deve esquecer que, na Itália, numerosos atos legislativos controlados são, não leis parlamentares, senão decretos-leis ditados pelo poder executivo. Algo assim, se observa também a respeito da Espanha” (Louis Favoreau).

Além disso, o controle de constitucionalidade se realiza na Itália fundamentalmente por via incidental, por meio de questões de inconstitucionalidade levantadas pelos juízes, não por via principal ou por recursos diretos de inconstitucionalidade. Por esse controle difuso, “por ser eminentemente garantista (Pizzorusso)⁹” e pelo papel marginal do controle direto de constitucionalidade, a jurisdição constitucional italiana é paradigma de distanciamento do modelo

original europeu e de aproximação com o norte-americano.

A Jurisprudência Constitucional, atendendo às demandas sociais e aos contextos nacionais e internacionais, adota cada vez maior número de normas de referência não-escritas na Constituição nacional e acrescenta a esta novos direitos, liberdades, princípios, valores e normas. Crescentemente, “todas as matérias de Direito público ou privado formam a ‘ramagem’ da Constituição” (Dominique Rousseau) e se considera que “o que há de contar finalmente é a constitucionalização progressiva dos distintos ramos do direito e o progresso que isso representa para a proteção dos direitos fundamentais” (Louis Favoreau).

Ambos os processos - Direito Constitucional Jurisprudencial e constitucionalização de todos os ramos do Direito - fomentam a tendência para uma unificação jurídica e o desaparecimento dos limites da Constituição nacional formal, tendência que se acentua, em particular, sob a ordem jurídica supranacional, ou, exemplificando, sob os efeitos do desenvolvimento do Direito comunitário e da construção ‘constitucional’ da União Européia, que tutela o Tribunal de Justiça de Luxemburgo, seguindo os exemplos e normas da Suprema Corte norte-americana.

Convém destacar a opinião de Antonio Baldassare, presidente do Tribunal Constitucional italiano: “Se na metade do século se pensava que o modelo de Constituição não escrita só podia valer para o mundo anglo-saxão, hoje, sabemos, pelo contrário, que a idéia de uma Constituição real, direta, não-escrita, interpretada, vivida, é uma verdade para toda Europa (*L’Opinione*, 3 de março de 1995)”.

ACOSTA SÁNCHEZ direciona, como um contraponto a essa perspectiva judicial contida nos EEUU, para uma linha do legislador com a situação francesa. Nela, esse autor destaca a importância das *Leis Fundamentais do Reino*, sistema normativo de natureza medieval, para compreender o pro-

cesso constitucional francês pós-1789. As *Leis Fundamentais do Reino* caracterizaram a existência de um pacto político entre o povo e o rei. A importância dessa trajetória deixou como marca, por exemplo, as contradições de funcionamento da Assembléia Nacional Constituinte de 1789, imbricadas pela presença de um direito histórico e, de outra parte, pelo Direito Natural.

Conclui o autor estudado que, diferentemente do quadro constitucional norte-americano, há no caso francês um *sentido social*. É o predomínio, por influência dessa tradição medieval (*Leis Fundamentais do Reino*), da Lei sobre a Constituição. É um processo constitucional sem constituição.

Na obra em exame, há uma perspectiva jurídica no capítulo V, em que se destaca um resumo da *dinâmica* do sistema constitucional norte-americano, sobressaindo a presença da Suprema Corte (notadamente quando presidida por Warren e Burger nos anos 1960-1970). Há um ponto importante na sua articulação com a realidade francesa no sentido de que, nesse período citado, o sistema constitucional norte-americano acaba por se definir, de certo modo, como *sem constituição* pelo ativismo judicial (por conta do distanciamento, por via interpretativa, de sua base formal – de seu texto escrito –, conforme informado há pouco). Podemos encontrar, nesse capítulo V, uma rica análise a respeito do originalismo/interpretativismo¹⁰.

Por essa razão, com auxílio na minuciosa resenha, por Gerardo PISARELLO, da obra de Javier DORADO PORRAS¹¹ (2003), detalharemos mais as conclusões já alcançadas na leitura de ACOSTA SÁNCHEZ (1998) sobre o estudo do ativismo judicial norte-americano.

Nesse ponto, é provável que seja verdade a afirmação de que o controle judicial da constitucionalidade representa, como já foi demonstrado, a contribuição mais original da cultura jurídica dos EEUU ao constitucionalismo de nosso tempo.

Após uma custosa evolução, esse fenômeno se estendeu à maioria dos atuais Estados

constitucionais, em que o debate em torno da jurisdição constitucional, difusa ou concentrada, passou a ocupar um lugar central.

Essa transformação justifica o interesse que pode suscitar o recente livro de DORADO PORRAS (2003). Segundo esse autor, o debate sobre o *Judicial Review* nos EEUU realizou-se a partir de dois pontos de vista distintos. Cada um deles, por sua vez, conteria duas posições:

a) por um lado, existe uma abordagem ideológico-política à função judicial, que estabelece uma disputa entre os partidos do ativismo judicial e os da auto-restrição (*Activism versus Self-restraint*).

b) por outro lado, existe um enfoque técnico-jurídico que se ocupa dos métodos da interpretação da Constituição e recolhe as duas posições encontradas: o interpretativismo e o não-interpretativismo.

Para os interpretativistas, a Constituição e, em concreto, os direitos fundamentais teriam um significado unívoco que os juízes poderiam desentranhar “se sair das quatro esquinas do texto constitucional”, sem recorrer a fontes extranormativas. Os não-interpretativistas, ao contrário, sustentam que, junto a determinados preceitos constitucionais precisos ou claros, existem outros – que compreendem os direitos fundamentais – perante os quais os juízes têm mais de uma possibilidade de interpretação.

Também os pontos de vista ideológico-político e técnico-jurídico podem combinar entre si, dando lugar, como se verá, a distintas posições. Dessas combinações resulta, segundo DORADO PORRAS (2003), uma incontestável subordinação dos métodos técnico-jurídicos de interpretação à atitude ideológico-política acerca do papel dos juízes em geral. Isso não quer dizer que os métodos técnicos sejam irrelevantes. Simplesmente serve para assinalar como a adoção destes depende da postura de fundo que previamente se tenha sobre o ativismo judicial e não a inversa.

Uma abordagem inicial permite encontrar críticas ao ativismo judicial tanto no

lado dos interpretativistas como no dos não-interpretativistas¹².

a) Os interpretativistas estritos ou Originalistas, em termos gerais, sustentam que a Constituição teria um sentido unívoco, coincidente com a vontade dos pais fundadores (*founding fathers*). Em consequência, ali onde o *original intent* não oferecesse uma resposta clara, o juiz deveria praticar a auto-restrição (*self-restraint*) e deixar que tal questão fosse decidida pelo legislador. Se o Originalismo não é adequado, disse um dos seus mais conspícuos representantes, a única solução é abandonar a *judicial review* e “deixar que governem as maiorias democráticas, pois não há um direito superior ao seu”.

Apesar de sua aparência democrática, essa posição corresponde a um antiativismo conservador e se remonta à crítica do ativismo progressista do denominado Tribunal Warren (*i.e.*, o período compreendido entre 1953 e 1969 em que a Corte Suprema foi presidida por aquele juiz), principalmente, e do Tribunal Burger (1969-1986). Seus defensores constituem o que Bernard Schwartz denomina nova direita constitucional e formam parte de uma corrente que ganhou força com a nomeação, durante o governo de Ronald Reagan, de 368 juízes – mais da metade dos que integram a justiça federal – extraídos das fileiras do conservador partido republicano. Entre eles figuram o atual presidente do Tribunal Supremo, William Rehnquist, os juízes Antonin Scalia e Robert Bork ou Raoul Berger, em cujo livro - *Government by Judiciary* (1977) – são expostos os principais postulados do Originalismo.

b) Uma outra corrente antiativismo judicial, ou que ao menos pretende sê-lo, seria a do *não-interpretativismo moderado*. Seus expoentes, em geral, são partidários da chamada *diferença judicial*. Crêem que a Constituição não teria um sentido único, apenas que comportaria uma combinação de normas claras e normas abertas. Diante dessas últimas, afirmam, os juízes deveriam deixar a resposta final ao legislador. Essa corrente

constitui a base de uma objeção contra-majoritária aos juízes constitucionais, segundo a qual estes carecem de legitimidade para dar a última palavra em matérias relevantes de política constitucional, já que não são eleitos pelo povo nem têm responsabilidade diante do eleitorado.

Do ponto de vista histórico-político, estaríamos em princípio diante de um *progressivismo antiativista*. Não obstante, essa situação admite vários matizes. DORADO PORRAS (2003) reconhece duas versões:

A primeira está dada pela corrente não-interpretativista, que reage contra o chamado tribunal do *laissez-faire*, que se estende desde o início do controle judicial de constitucionalidade, de 1803, portanto, até 1937. Essa etapa foi conhecida também como *Era Lochner* e, durante seu curso, a Corte Suprema utilizou a cláusula do devido processo legal (*due process of law*) das Emendas V e XIV para proteger a propriedade privada e obstaculizar qualquer tipo de legislação social que pretendesse modificar o regime do livre mercado. Diante desse ativismo conservador, que pretendia atribuir à Constituição um sentido econômico único, decorrente do liberalismo capitalista, reagiu o não-interpretativismo moderado. Uma de suas figuras mais rutilantes foi o juiz Oliver Wendell Holmes, que, como membro do Tribunal Supremo, manteve posturas afinadas com a diferença e já em sua dissidência no julgamento do caso *Lochner vs. Nova York*, em 1905, emitiu o célebre *dictum* segundo o qual

“a Emenda Décima Quarta não reconhece as teorias de Mr. Spencer – Estática Social em 1851, inspirada numa espécie de ‘darwinismo social’. Ali, condenava qualquer intervenção do Estado em favor dos mais deserdados como uma degradação da espécie humana. Era, pelo contrário, a própria lei da natureza a que devia determinar a sobrevivência dos mais aptos e o piedoso desaparecimento dos débeis [...], a Constituição não pretende

reconhecer uma particular teoria econômica, ainda que seja pelo paternalismo e a relação do cidadão com o Estado do *laissez-faire*”.

Uma segunda linha de pensamento, mais perto no tempo, que restabelece o não-interpretativismo moderado é a de John Hart Ely. Em nome, mais uma vez, da objeção contra-majoritária, Ely dirige suas críticas ao ativismo e à utilização, por parte dos juízes, de seus próprios valores substantivos na hora de proferir sentenças. Em termos gerais, Ely intenta oferecer uma versão restrita do controle judicial, que expulse os excessos de ativismo, mas mantenha critérios progressistas em matéria de interpretação. Diante das correntes hermenêuticas substantivistas, Ely propõe uma teoria adjetiva, consistente em apresentar o juiz como árbitro, como um *outsider* encarregado de controlar a permanente abertura dos canais procedimentais democráticos e proteger as minorias. No modelo de Ely, os juízes não teriam por função se pronunciar sobre o conteúdo que as políticas constitucionais fundamentais deveriam ter, senão garantir a maximização de mecanismos democráticos que permitam a participação de todos na sua definição.

Desse modo, o não-interpretativismo moderado se apresenta como uma postura progressista partidária da auto-restrição. Sem dúvida, uma visão mais detida permite notar, paradoxalmente, segundo cremos, que tanto as posturas de Holmes, na prática, como as de Ely, na teoria, estabelecem, de certa forma, novas formas de ativismo judicial.

Holmes, por um lado, foi antiativista frente à tendência majoritária do conservador Tribunal da *Era Lochner*, mas impulsionou uma jurisprudência ativista-progressista no que se refere às liberdades individuais, mediante a chamada teoria das liberdades preferentes (*preferred freedoms*), sobretudo em matéria de liberdade de expressão.

Na teoria adjetiva de Ely, por sua vez, levantou também algumas interrogações.

Lawrence Tribe, por exemplo, objeta que é um absurdo sustentar que a constituição se ocupa (ou deveria fazê-lo) do adjetivo, do processo e não da substância. Ademais, em caso de ser assim, apenas o discernimento de quanto se está diante da necessidade de abrir o processo democrático exigiria considerações substantivas. Dessa forma, teriam de ser levadas em consideração questões como a definição dos que votam, a abertura de canais de participação popular, a não-marginalização das minorias etc. Enfim, o juiz idealizado por Ely, encarregado de promover o controle de constitucionalidade de leis, apresenta-se-nos como um robusto ativista judicial, ainda que num sentido progressista.

Entre os partidários do ativismo judicial, DORADO PORRAS (2003) identifica duas atitudes:

A primeira delas corresponde ao *interpretativismo moderado*, representado por Ronald DWORKIN (2002). Sua posição poderia ser descrita como a de um substantivista, interpretacionista e ativista. Como ponto de partida, DWORKIN propõe distinguir juridicamente os conceitos das concepções. Estas últimas compreenderiam eleições claras do constituinte e, portanto, deveriam ser aplicadas por meio de uma interpretação literal do texto da norma. Os conceitos, ao contrário, seriam abertos e vagos e estabeleceriam um problema de interpretação, já que podem conter concepções concorrentes de moralidade política. Daqui poderia derivar uma tese partidária de diferença judicial. O juiz aplicaria as concepções, reservando ao legislador a concretização dos conceitos. Sem dúvida, a idéia de que a Constituição tem um sentido unívoco leva DWORKIN a sustentar que a concepção de um juiz pode ser preferível à de um legislador e que, em consequência, haveria uma concepção moralmente melhor que as outras. Para descobrir essa melhor e única resposta, DWORKIN reveste seu modelo de juiz de qualidades hercúleas¹³, que o mandam indagar não só o texto positi-

vo, como também a filosofia moral e política. Em princípio, também nesse caso, estaríamos ante um ativismo progressista. DWORKIN avança até uma teoria dos valores para justificar as jurisprudências dos tribunais Warren e Burger. Por outro lado, tratar-se-ia de uma postura que resiste à objeção contra-majoritária já que, precisamente, intentaria demonstrar, contra o enfoque utilitarista, que os direitos constitucionais são verdadeiros trunfos perante a maioria. Sem dúvida, seu interpretativismo mereceu críticas sérias e fundadas sobre as que não vamos estender-nos aqui. Sua teoria, já se disse, não elimina a discricionariedade do juiz, só a adia. Que ocorreria se existissem dois ou mais juízes Hércules convencidos de terem a única resposta correta? Seria isso desejável? Por outro lado, o interpretativismo de DWORKIN seria muito *sui generis*, já que sustenta que a Constituição tem um sentido unívoco, mas admite que este possa ser encontrado fora das “quatro esquinas” de seu texto. Mais ainda, no caso em que o juiz de DWORKIN se encontrasse frente a uma norma positiva que ele julgar injusta, estaria autorizado a mentir ou a dizer que não é válida, ou que simplesmente ela não é Direito.

Sobre a base dessas críticas, seria possível identificar uma segunda posição ativista e substancialista, qual seja, a do não-interpretativismo estrito. À guisa de exemplo dessa postura, poder-se-ia falar de M. J. Perry. Em sua opinião, os que intentam defender o ativismo com argumentos textualistas ou históricos fazem um franco favor à *judicial review* não-interpretativa. Para ele, não existiria um sentido único na Constituição e, em definitivo, é que cada geração julga materialmente sua Constituição viva (*the Living Constitution*). Por isso, mostra, é preciso reconhecer abertamente que a tarefa do Tribunal Supremo não é de interpretação constitucional, mas, isto sim, a de uma verdadeira *criação política (policy making)*.

Os juízes não devem ocultar seus motivos na justificação de suas decisões e pre-

tender que falam pela Constituição quando, na realidade, falam por seus próprios valores. E agora, de onde deveria o juiz extrair esses valores? Em um primeiro momento, Perry sustenta que a fonte valorativa seria o consenso social, mas, diante de uma acertada crítica de Ely, muda sua consideração inicial e admite que o juiz os adquire da experiência, do estudo e da reflexão, quer dizer, de sua própria vida¹⁴. E com que direção? Em um único sentido, responde Perry: a proteção dos direitos humanos.

Também aqui poderíamos encontrar uma atitude que propicia uma hermenêutica progressista, mas que mantém uma atitude de radical descrença quanto à possibilidade de determinação de áreas claras de aplicação das normas. O juiz, como vimos, atuaria conforme seus valores, mas com a finalidade de proteger os direitos humanos. Para que sua decisão seja legítima, Perry exige dois requisitos: que seja fundamentada, argumentada; e que as decisões sejam, no máximo, *extraconstitucionais*, mas em nenhuma hipótese *contraconstitucionais*, já que, neste caso, a decisão não poderia ser entendida como jurídica.

Esta seria uma síntese da descrição que DORADO PORRAS (2003) apresenta em seu artigo. Em seguida, procuraremos resumir, em alguns poucos pontos, a posição desse autor, bem como nossa crítica.

DORADO PORRAS sustenta que o ponto-chave que subjaz ao debate norte-americano sobre o *Judicial Review* reside em uma *tomada de posição frente ao ativismo* e, sobretudo, ao ativismo progressista dos tribunais Warren e Burger.

Além disso, critica a obsolescência da posição Originalista, equiparando-a à envelhecida idéia de Montesquieu do juiz como *boca da lei*. Ademais, assinala que a preocupação do conservadorismo Originalista está relacionada à interpretação da Constituição em um sentido progressista, pois seria preferível fazê-lo, segundo essa corrente, respeitando à intenção dos pais fundadores, quer dizer, com critérios defa-

sados que, na maioria dos casos, contradiriam uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais.

Sem dúvida, reconhece também, que a importância do Originalismo, de acordo com a teoria de Ely, é haver advertido sobre os riscos contra-majoritários do ativismo: a substituição dos representantes do povo pelos juízes poderia trazer mais problemas do que vantagens.

Por sua parte, o valor das teorias substantivas seria o de destacar a necessidade de adaptação do direito por meio da interpretação constitucional.

O juiz constitucional, sustenta DORADO PORRAS (de acordo com as premissas do modelo kelseniano de controle de constitucionalidade), deveria exercer as funções de um legislador negativo, que delinearía o marco dentro do qual o Parlamento pode realizar as diferentes alternativas político-jurídicas, mas sem impor uma determinada direção.

Esta última afirmação supõe o repúdio à idéia de um sentido unívoco da Constituição. Em qualquer caso, DORADO PORRAS admite que o juiz teria uma margem para adaptar o direito à realidade social e determinar se o legislador está dentro ou não do marco constitucional. Não obstante, a exemplo do legislador, o juiz também está sujeito à Constituição.

Observamos que, além das duas formas de interpretação consolidadas no final dos anos 70 e início dos 80, há, hoje, o debate de minimalismo defendido pelo *Justice Scalia* e sistematizado por Cass R. SUNSTEIN (2001). Foi dada, também, relevância para o pensamento legal de caráter progressivista. Essa nova linha corporifica-se, na verdade, no *American Legal Realism* dos anos 20. É importante destacar, ainda, uma “terceira via” (além do interpretativismo/originalismo e não-interpretativismo/não-originalismo) destacada por John Hart Ely. ACOSTA SÁNCHEZ (1998) faz, também, referência a uma certa preocupação na Teoria da Justiça de John RAWLS (2000). Matizando o Ori-

ginalismo, Ely defende um *procedimentalismo* (veja Habermas e as nossas conclusões sobre a leitura da obra citada de PRIETO SANCHÍZ, 2000). Outra parte central para essa visão norte-americana da idéia de um Direito Constitucional jurisdicionado é a concepção da Constituição como processo (*Living Constitution*)¹⁵, contida, por exemplo, no pensamento de S. Griffin.

Ultrapassando esse horizonte teórico e prático norte-americano, voltamos nossa atenção para a Constituição francesa. Destaca-se, novamente, a tese do debate constitucional francês da *falta de uma lei suprema* (há um *império da lei*). Foi sublinhada, mais uma vez, a concepção de ACOSTA SÁNCHEZ (1998), segundo a qual a contribuição francesa é *um constitucionalismo sem constituição*. Outra passagem importante é a presença da Constituição de 1848, inexistindo nela uma especificidade e originalidade para o controle da Constitucionalidade. Há, ainda, pontuações a respeito das Leis Constitucionais de 1875.

Delimitadas as contribuições norte-americana e francesa, debruçamos-nos sobre a análise do processo constitucional pós-1945. Assim, pontuaram-se os fatores dominantes ou históricos para essa Constituição Normativamente e Jurisdicionalmente Protegida, com destaque para a variável da estabilidade do ordenamento (princípio da Segurança Jurídica).

No tocante aos fatores determinantes para o desenvolvimento da Jurisdição Constitucional, foi sublinhado como importantíssimo o tema dos Direitos Humanos após a 2ª Guerra Mundial, merecendo uma reflexão de todos a respeito do Direito Internacional Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Concluímos no sentido de que são os direitos fundamentais o núcleo da Constituição, de modo que sua proteção é a principal razão da existência do Estado.

Outro aspecto de atenção foi a leitura e crítica de ACOSTA SÁNCHEZ (1998) a respeito de Hans KELSEN (1987; 1998)¹⁶.

Destaquem-se as críticas de Crissafulli e Luhmann no sentido de a Jurisdição Constitucional kelseniana ser uma “Construção Inútil”. Completamos o quadro com a referência ao federalismo com pontuação ao Caso Belga. Nele, há a projeção do Tribunal de Arbitragem como instrumento para a consolidação do sistema federativo (Reforma Constitucional de 1993) e de uma idéia de Jurisdição Constitucional na Bélgica.

Aduzimos, por fim, que ACOSTA SÁNCHEZ (1998) se preocupa, ainda, com a presença constitucional francesa. O centro de discussão foi, nesse ponto, a concepção do *bloco constitucional*¹⁷ (decisão de 16 de julho de 1971) para o aperfeiçoamento do Conselho Constitucional. Vale lembrar como, para ACOSTA SÁNCHEZ, a matriz francesa é importante para o debate constitucional contemporâneo, uma vez que se trata de um tipo de controle único em seu gênero que, em conjunto com o controle difuso dos EEUU e o controle concentrado do Tribunal Austríaco, formam os três modelos originais de sistemas de controle de constitucionalidade de normas jurídicas.

3. Entre o legislador e o juiz

Tendo como fundamento, principalmente, ACOSTA SÁNCHEZ, secundado por DORADO PORRAS, procedemos a leitura do artigo de PRIETO SANCHÍZ.

Quanto ao texto de PRIETO SANCHÍZ (2000), sem dúvida nenhuma, este está vinculado à diferenciação entre o positivismo e a legalidade, de um lado, e o ativismo judicial e a legitimidade, de outro. Fixa-se o autor num tratamento político da legalidade na sua vertente democrática. Isto é, na pontuação entre legislador e juiz. PRIETO SANCHÍZ perfaz uma análise a respeito de Jürgen Habermas na sua restrição sobre a *justiça constitucional*, que é apresentada e desenvolvida num sentido mais ordinário e procedimental. Após essa reflexão, PRIETO SANCHÍZ apresenta a teoria de Hans KELSEN (1987) com um histórico da expe-

riência (frustrada) da República de Weimar, deixando claro que esse jurista não desconhecia o tema dos Direitos Fundamentais¹⁸.

Pontuamos como PRIETO SANCHÍZ (2000) demonstra as limitações do modelo kelseniano de Constituição (e de controle de constitucionalidade) e a superação da perspectiva “decimonônica”¹⁹ de lei. Para tanto, PRIETO SANCHÍZ irá inspirar-se na obra de Gustavo ZAGREBELSKY. Esse autor italiano nos remete, assim, para a constituição de princípios (ZAGREBELSKY, 1995). Nela que se efetivará como mediação e limite. PRIETO SANCHÍZ acentua, ainda, as contribuições norte-americana e francesa na compreensão da lei e da Constituição²⁰.

Foi discutido o aspecto discricionário do legislador quando na edição de leis, no sentido que a vontade do legislador não precisaria de justificação para ser convertida em lei. Concluímos, no entanto, ao contrário do entendimento positivista de Hans Kelsen, que essa discricionariedade não é tão imotivada assim (cf. BOBBITT, 1982) (“*cueing function*”). E quanto ao juiz, essa discricionariedade teria lastro na argumentação racional. Os próximos itens considerados que iremos apresentar são a ponderação e proporcionalidade em PRIETO SANCHÍZ (2000) iluminadas pelos princípios gerais do Direito e, em especial, pelos Direitos Fundamentais.

Deu-se continuidade à leitura de SANCHÍZ (2000) e foi observada, assim, a necessidade de superarmos as concepções de métodos de interpretação relacionados ao positivismo jurídico. PRIETO SANCHÍZ defende, por consequência, a preponderância de uma razoabilidade via proporcionalidade/ponderação. O autor segue, rigorosamente, o debate de proporcionalidade sustentado por Robert ALEXYY²¹. Ressaltamos, com base na leitura daquele artigo, que não podemos ter mais as diferenças tradicionais e segmentadas entre Justiça ordinária e a Jurisdição Constitucional. Deve-se ressaltar que o critério de distinção não seria, propriamente, de matéria constitucional, mas,

isto sim, do *sentido* de justiça. Foi sublinhada, também, a idéia da *consciência do povo*²². Lemos em Cristina QUEIROZ (2000, p. 30), na sua obra sobre Constitucionalismo e Interpretação Judicial, que esse é um dos critérios existentes para aferir valores ou princípios dentro do sistema aberto das Constituições.

4. O sentido da norma

Quanto a Castanheira NEVES (1998, p. 13), deve ser pontuado, conforme seu artigo citado, que as leis, hoje, *não são mais do que prescrições de certas forças políticas*. O jurista português comenta qual deveria ser o papel da lei, se num sentido mais normativo (jurídico), se num sentido mais político. Assim, esse autor apresenta três modelos de classificação do sistema jurídico conforme o sentido a ser dado às leis, que denominou de *normativismo legalista*, de *funcionalismo jurídico* e de *jurisprudencialismo*.

No primeiro modelo, encontramos a força da legalidade, segundo a qual “*o direito seria a lei, unicamente a lei*” (NEVES, 1998, p. 16). Depois examinamos o *funcionalismo* e a sua vinculação com o Estado de Bem-Estar Social. Em relação ao modelo anterior, a lei perde sua força plena, passando a estar à disposição de qualquer política prescritiva. O *jurisprudencialismo*, síntese dos modelos anteriores, é entendido como o modelo do homem concreto. O autor estudado faz um histórico de cada um dos modelos, relacionando-os com os argumentos filosóficos e interesses políticos de cada tempo. Por exemplo, o *normativismo legalista* estaria vinculado a um jusracionalismo e ao liberalismo econômico; o *funcionalismo* sofreu as críticas do movimento direito livre, da jurisprudência do interesse e da jurisprudência sociológica.

Não obstante, Castanheira NEVES (1998, p. 18) ter devotado uma atenção toda especial para o *funcionalismo sistêmico*, acrescentaremos, ainda, alguns comentários a respeito do *jurisprudencialismo* (modelo que representa a síntese do pensamento daquele autor), que trata o direito a partir de uma

perspectiva homem-pessoa e está diretamente a serviço de uma pessoa qualificada e historicamente concreta. Esse modelo se substancia na prática dinamizada pelos conflitos também concretos, cuja “intencionalidade capital é a realização nessa prática e através dela”. Ao estudarmos esse autor, e visando nos aproximar de nosso ponto de interesse, a Jurisdição constitucional, recordamos-nos vivamente de Luís PRIETO SANCHÍS (2000, p. 188) quando cita ZAGREBELSKY, ressaltando que

“já não se pode pensar na Constituição como centro do qual tudo derivava por irradiação através da soberania do Estado no qual se apoiava, e, sim, como centro para o qual tudo deve convergir; (...). A ‘política constitucional’ mediante a qual se consegue esse centro não é a execução da Constituição, e, sim, a realização da mesma em um dos cambiantes equilíbrios nos quais pode se tornar efetiva”.

Consideramos que os três modelos de classificação desse jurista demonstram uma evolução do Estado Liberal (a partir do normativismo legalista), com ênfase para as funções do Poder Legislativo, para o Estado Social (funcionalismo), com predominância das funções Administrativas e sua capacidade de promover políticas de interesse primordial da coletividade, e do Estado Social para um Estado Democrático de Direito (jurisprudencialismo), próprio de uma Sociedade pluralista, aberta aos mais diferentes valores, interessada principalmente na proteção e defesa de direitos que se consideram fundamentais para o desenvolvimento individual dos membros dessa Sociedade. Nesta sociedade complexa, em que há tantos valores legítimos em conflito, as funções do Poder Judiciário atingem seu ápice, pois é a partir do ativismo dos juízes que os direitos são reconhecidos dentro da consciência jurídica dessa Sociedade e a constituição *material* vai sendo escrita.

Dentro dessa nossa análise de jurisdição constitucional, fica a marca da contri-

buição de Castanheira NEVES (1998) no sentido de repensar uma teoria do direito via uma produção jurisdicional. Castanheira NEVES, por exemplo, não avança maiores discussões a respeito de um direito procedimental e argumentativo.

5. A moralidade e o direito

Iniciamos a leitura de ALEXY (2000) com uma síntese de seu texto. Verificamos que esse jurista alemão analisa a importância do critério de ponderação no nível do Tribunal Territorial (há um conflito entre um bem e um determinado direito). No Superior Tribunal, há prevalência da *fórmula de Radbruch*. E, por fim, no Tribunal Constitucional Alemão, o exame do artigo 103 da LF, isto é, do limite ou não do princípio da retroatividade. Cabe destacar que a Teoria Constitucional abre um especial espaço para um exame de quais são os limites para os Direitos Fundamentais.

A atenção de ALEXY (2000, p. 205) centraliza-se, neste artigo, nas fundamentações das decisões judiciais que envolveram o *caso dos sentinelas de fronteira* e a discussão quanto a se saber se os atos praticados conforme o direito positivo de uma época poderiam ser condenados por conta da injustiça de suas disposições normativas. Notadamente, ALEXY discorre sobre a *fórmula de Radbruch* a respeito do direito injusto. ALEXY observa que a *fórmula de Radbruch* não faz desaparecer o aspecto positivado diante da moral. Indagamos, assim, qual seria o critério de fato para saber se uma lei contém excessivo caráter injusto. De nossa parte, procuramos enquadrar os argumentos de ALEXY nas concepções alcançadas a partir de ACOSTA SÁNCHEZ, PRIETO SANCHÍZ e Castanheira NEVES. Houve certa naturalidade, de nossa parte, de ver ALEXY próximo ao *jurisprudencialismo* de Castanheira NEVES.

Conforme nosso entendimento, o autor alemão, por esse artigo citado, busca o entendimento da construção do pensamento

dos tribunais alemães quando das condenações dos soldados e de seus comandantes, como autores imediatos e mediatos das mortes de fugitivos da República Democrática Alemã (fundada em 1949, controlada pela então União Soviética e reunificada à República Federal da Alemanha 1990, reunificação esta oriunda da salvação da democracia por meio de uma “aliança temporária e bizarra entre capitalismo liberal e comunismo” (HOBSBAWM, 1995, p. 17) que levou à vitória sobre a Alemanha nazista²⁴.

O caso dos sentinelas da fronteira pode ser assim descrito: trata-se do julgamento das ações dos soldados que, na noite de 14 de fevereiro de 1972, resultaram na morte de um homem que tentava atravessar a fronteira do rio Spree. Tais sentinelas agiram no estrito cumprimento de seu dever, conforme determinava o regulamento de serviço nº 30/10, datado de 1967, do Ministério para a Defesa Nacional da RDA. Foram, inclusive, objeto de distinção por méritos e premiação em dinheiro. Porém, vinte anos depois das ações dos soldados, em novembro de 1992, dois anos após a reunificação da Alemanha, o Supremo Tribunal Federal confirmou a punibilidade dos soldados conforme decisão do Tribunal Territorial de Berlim, este que interpretou a Lei de Fronteiras da RDA (*DDR-GrenzG*), a qual entrou em vigor em 25 de março de 1982, de acordo com os “princípios do Estado de Direito”, vinculando sua decisão ao princípio da proporcionalidade.

A ação dos soldados, na interpretação do Tribunal Territorial de Berlim, constituiu homicídio doloso cometido em co-autoria, tanto de acordo com o direito penal da RFA, quanto da RDA. Mas, à época, a Lei sobre as funções e competências da polícia popular alemã (*VoPoG*), de 11 de junho de 1968, estabelecia que os membros do exército popular estavam autorizados a “executar as competências reguladas nesta lei em cumprimento das funções militares de vigilância, ordem e segurança conforme as instruções do Ministro para a Defesa Nacional”, podendo abrir fogo para evitar o iminente

cometimento ou a continuação de um fato punível o qual, em função das circunstâncias, poderia constituir um delito. Tratava-se de um delito contra a ordem pública o cruzamento ilegal da fronteira, ou seja, a fuga da República, rubrica qualificada no Código Penal da RDA (*DDR-StGB*).

A Constituição da RDA, de 6 de abril de 1968, reconhecia o direito à vida e à integridade corporal, e muitos direitos humanos eram reconhecidos por parte da Alemanha Oriental. O Tribunal Territorial entendeu que não havia nenhuma causa de justificação que estivesse à disposição dos soldados da RDA, uma vez que haviam cometido um fato punível, inclusive segundo o direito então vigente na RDA. A conclusão do Tribunal foi de que a ação foi antijurídica, tanto sob a ótica do direito da RFA, quanto conforme ao da RDA.

O Tribunal Supremo Federal, em sua sentença de 26 de julho de 1994, confirmou a sentença, mas com fundamentação diferente, uma vez que houve uma retroatividade encoberta que, na visão de ALEXY, é mais grave que a aberta. O Tribunal Territorial entendeu que a ação estava em si justificada segundo aquele direito vigente na RDA, posicionamento rechaçado pelo STF. No entendimento do STF, em sede de recurso, os disparos justificavam-se com base no § 17.2.a *VoPoG* e no Regulamento de serviço 30/10, tanto em seu teor literal como segundo a “prática estatal da RDA ao tempo dos fatos”, tanto assim que integravam o direito positivo então vigente. Assim, o guarda de fronteira só poderia ser apenado, em primeiro lugar, se houvesse algo que neutralizasse a justificação outorgada pelo direito positivo então vigente na RDA e, em segundo lugar, se esta eliminação transgredisse o princípio da irretroatividade.

A eliminação da justificação pode ser feita por um direito suprapositivo. Para tanto, o STF recorreu à fórmula de Radbruch²⁵, a qual estabelece que o direito vem determinado não só pela positividade válida, formalmente estabelecida e socialmente eficaz,

como também por seu conteúdo (de justiça material). O direito positivo perderia sua validade quando a contradição da lei positiva com a justiça alcançasse uma medida insuportável.

Quanto aos membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA, num total de sete homicídios, o TTB condenou-os por autoria e participação e, em sede de recurso, o TSF considerou todos autores mediatos. No centro das decisões do TSF encontra-se a proibição da retroatividade do art. 103.2 da Lei Fundamental.

O guarda de fronteira, então, resolveu questionar sobre a lesão do princípio da culpabilidade²⁶, uma vez que a violação da norma penal não tinha sido evidente para ele.

A questão central do texto é a fundamentação da sentença do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o qual não é uma instância superior de revisão, limitando-se à observação de possível inobservância ou vulneração (*Nichtbeachtung*) dos direitos fundamentais, não tendo que comprovar se o Tribunal Penal interpretou ou aplicou adequadamente as disposições da RDA. O Tribunal Constitucional entendeu que a proibição constitucional quanto à retroatividade é absoluta. Porém, considerando as circunstâncias, o Tribunal entendeu que a punibilidade deveria ser julgada, uma vez que o Estado “não respeita nem a democracia nem a divisão de poderes nem os direitos fundamentais”, considerando que “proteção estrita da confiança mediante o 103.2 da Lei Fundamental não deve ser aplicada”, entendendo que a vedação refere-se, em primeiro lugar, ao desrespeito à democracia, à divisão de poderes e aos direitos fundamentais e, apenas então, em segundo lugar, quando, sob estas circunstâncias, se prevejam causas de justificação que amparem direito extremamente injusto.

ALEXY (2000) questiona quanto à contradição exposta pelo Tribunal e questiona: “como pode algo ser absoluto, mas limitado, regular estritamente e, em troca, estar em

conflito com outros mandatos ‘irrenunciáveis’; estar dotado de caráter absoluto e estrito e, todavia, ter que renunciar ou inaplicar-se?”

O resultado da decisão do Tribunal Constitucional, no entendimento de ALEXY, salvo a solução encontrada para o problema da culpabilidade, foi correto. Porém, o pensador alemão aponta que a solução constitui um exemplo clássico de que um resultado, por mais correto que possa ser, não basta. O que importa é a fundamentação da decisão. Nessas circunstâncias, há de se refletir sobre “a razão prática em ação no direito moderno e, particularmente, no direito político”, apontado por Habermas como “razão instrumental” que, no entendimento deste filósofo alemão, toma conta dos sistemas do Estado liberal ou do Estado-Providência (GOYARD-FABRE, 2003, p. 317).

Avançando em suas considerações sobre “O paradigma ‘comunicacional’ da democracia segundo J. Habermas”, GOYARD-FABRE (p. 317-339) aponta a prefiguração do pensador alemão quanto à “tirania da administração e o ‘governo dos juizes’”, alertando que o pensador tem o exato entendimento de que tais afirmações já foram muitas vezes feitas desde Alexis de Tocqueville e Max Weber. Porém, a filósofa da Universidade de Paris II afirma que Habermas vê, de forma muito lúcida, a insinuação de “um delírio de justiça social em que se imiscuem de maneira muitas vezes passional e, em todo caso, ideológica, as exigências democráticas e a defesa dos direitos do homem” (GOYARD-FABRE, p. 318).

A autora afirma que o princípio da separação dos poderes está ameaçado, que a lei parlamentar perde força com as constantes alterações legislativas e que a jurisprudência vai de encontro à lei, sendo certo que “a juridicidade do direito é adulterada por uma mistura insólita dos parâmetros e dos gêneros”.

Ao tratar da compreensão contemporânea de democracia, HABERMAS (2003, p. 153) afirma que esta se distingue da clássi-

ca por se relacionar com um tipo de direito que tem como características principais ser positivo, cogente e estruturado individualisticamente, com normas produzidas pelo legislador, sancionadas pelo Estado, objetivando a garantia de liberdades subjetivas. A “idéia de uma ‘dominação das leis’ (*rule of law*), que se concretiza historicamente na idéia dos direitos humanos e da soberania popular, passa a ser vista como uma *segunda fonte* de legitimação”, sendo a primeira, na visão do pensador, segundo uma “interpretação liberal, a autodeterminação democrática dos cidadãos”, que se realiza por um medium desse direito, responsável pela garantia estrutural das liberdades.

Na evolução do pensamento, HABERMAS (2003, p. 156-157) afirma que, em sistemas políticos como o da República Federal da Alemanha e dos EEUU, “que prevêem uma instituição independente para examinar a constitucionalidade das leis emitidas pelo Congresso”, há a profusão de “debates sobre a relação entre democracia e Estado de direito e sobre a posição do Tribunal Constitucional”, apontando a “grande influência política” deste.

Ao tratar de legitimidade do direito, Luís Fernando COELHO (2003, p. 503-560) a define como sendo a qualidade ética do direito. Tal princípio é o “imperativo ético que impõe a todo ordenamento jurídico que seja legítimo”. O autor estabelece que, “no que concerne ao problema da legitimidade, ocorre uma evidente implicação da teoria dos sistemas para a teoria do direito”, apontando ser o *funcionalismo* o marco inicial da nova forma de compreender a sociedade conforme o atual pensamento sociológico, surgido da tentativa de se usar em análise social as noções desenvolvidas na esfera dos estudos biológicos, estes que introduziram conceitos como os de finalidade, de propósitos e, principalmente, de função, esta que passou a ser utilizada nas ciências humanas, “invadindo a sociologia jurídica e a própria jurisprudência”. Na visão contemporânea dos cientistas sociais, em que o pen-

sador destaca os antropólogos, há maior concentração de atenções nas “conseqüências de um fato social particular para a estrutura mais ampla no qual ele está inserido”, divergindo da sociologia positivista, que afirmava serem as causas – e não as conseqüências – o centro da atenção.

As posições conflitantes apontadas ao longo da discussão no questionamento sobre valores, legitimidade, consciência jurídica, segurança jurídica, influência política das decisões judiciais, separação de poderes, funcionalismo e tantas outras questões que geram insegurança revelam o confronto dos direitos individuais e daqueles sociais. Afinal, que valores devem ser considerados para que haja possibilidades dentro dessa nossa “sociedade de risco”? (cf. BECK, 1998). Caberia ao Judiciário “legislar” por meio da jurisprudência, rompendo fundamentos inerentes ao Estado de Direito e à segurança jurídica em nome da Democracia e da segurança social?

Por derradeiro, houve uma intensa discussão a respeito dessa parte conclusiva do texto. Apontou-se para o fato de que ALEXY (2000) reconhece a existência de dois princípios em constante interação, a saber: o da segurança jurídica e o da justiça material. A retroatividade como regra no artigo 103.2 da Lei Fundamental de 1949 decorreria do princípio da segurança jurídica, uma das bases do Estado de Direito. A negação dessa regra só dar-se-ia pela exceção advinda do princípio da justiça material, que tem por parâmetros o Estado Democrático de Direito, *i.e.* a democracia pluralista. Constatamos, assim, o rigor e a coerência do texto de ALEXY. Não se aborda, como ocorre naturalmente no *Judicial Review* norte-americano, a decisão de cada um dos integrantes do Tribunal constitucional; ao contrário, analisa-se a decisão em acórdão. Há uma certa homogeneidade no caso dos sentinelas. Nos EEUU, estaríamos examinando cada voto dos *justices*. De nossa parte, cumpre destacar uma percepção segundo a qual ALEXY quer impor o seu modelo ao afirmar para o

Tribunal Constitucional federal alemão como ele deveria atuar.

6. Conclusão

O impasse vivenciado pela Jurisdição Constitucional destacado por este Grupo de Estudos, nas leituras realizadas tendo como espaço de análise as categorias de Legislador e Juiz, só será mais bem encaminhado se considerarmos a concepção de *consciência jurídica*; concepção essa que é ventilada, aliás, pelo próprio PRIETO SANCHÍZ (2000), quando, escorado em FRANCISCO RUBIO LLORENTE (2003, 179), menciona que parece evidente que “não é na Constituição, mas sim fora dela, onde o juiz buscará o critério com o qual julgar sobre a licitude ou ilicitude das diferenças estabelecidas pelo legislador”, e esse lugar seria tão evanescente quanto a consciência jurídica da comunidade. A consciência jurídica constrói-se com base em dois fundamentos, a saber: um de caráter ético e o outro de sentido de legitimidade/legalidade.

Quanto ao caráter ético, percebemos uma trajetória da consciência jurídica que perpassa desde uma preocupação organicista (Otto Gierke) até uma dicotomia entre uma *consciência nacional* (COMPARATO, 2003)²⁷ e uma de *caráter universal* (TRINDADE, 2003)²⁸.

Além desses pontos, há de se considerar o fato de que a consciência jurídica pode estar, também, vinculada à noção de auditório (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2000, p. 35-37)²⁹, *i.e.*, à noção de consenso de um modo pluralista. Considerando a Sociedade como um auditório, é para este que os mais variados discursos são apresentados, visando à busca de consenso e apoio do conjunto da Sociedade: quanto mais universal e abrangente for o discurso, maior será o auditório e maior será a chance de grupos dentro da Sociedade pluralista aceitarem os argumentos apresentados.

Considerando o sentido de legitimidade/legalidade, é importante apontar a

contribuição de Georges VEDEL (apud BONAVIDES, 1998, p. 116), pela qual é possível ver na legitimidade a base da consciência jurídica de um povo. Para esse pensador francês, a partir de uma compreensão sociológica, “chama-se princípio da legitimidade o fundamento do poder numa determinada sociedade, a regra em virtude da qual se julga que um poder deve ou não ser obedecido.”

Essa densificação a respeito da consciência jurídica possibilitou-nos perceber como os autores ora estudados, notadamente ACOSTA SÁNCHEZ (1998), PRIETO SANCHIZ (2000), Castanheira NEVES (1998) e, por fim, ALEXY (2000), visualizam essa categoria e como ela reflete, naturalmente, a respeito das categorias legislador e juiz. Estabelecemos, assim, articulações entre esses quatro estudiosos. Eis o quadro:

ACOSTA SÁNCHEZ - seu ponto de vista é o próprio do pensamento continental (latino-germânico), partindo da consciência ética; a partir daí, valora os componentes sociais. Utiliza-se de abordagem histórica (num sentido ético-filosófico) para desenvolver os casos práticos como que por decorrência consequencial das causas apontadas em nível teórico. Não obstante, não reduz o caso prático a mero silogismo das teorias previamente desenvolvidas;

PRIETO SANCHÍZ - sempre a partir do caso prático, com pragmatismo próprio dos estudos de *Common Law* anglo-saxônicos, sai do real (materialidade concreta) para articular as questões éticas (em nível teórico-abstrato);

Castanheira NEVES - busca o sentido do ordenamento jurídico, não se preocupando com sua estrutura (haja vista que o sentido transformaria a estrutura). Assim, o ordenamento jurídico é apresentado como instrumento a serviço das razões mais influentes dentro da Sociedade pluralista. Sua abordagem o deixa mais próximo a ACOSTA SÁNCHEZ;

ALEXY - a exemplo de PRIETO SANCHÍZ, busca atingir a consciência jurídica e o plano teórico a partir do estudo de casos práticos. É a partir dos valores envolvidos na discussão do caso concreto que os valores sociais (tanto no sentido ético quanto no de legitimidade) são descobertos, reconhecidos e declarados.

Notas

¹ A respeito do debate norte-americano, destaque-se como uma das respostas a recente obra de Richard A. POSNER (2003).

² Sobre o debate alemão, uma síntese das questões apresentadas encontra-se em Peter HÄBERLE (2002) e em Erhard DENNINGER (1998). Conferir também Francisco RUBIO LLORENTE (2003, p. 49-67). Neste artigo, RUBIO LLORENTE trata a respeito de um outro aspecto da crise da Jurisdição Constitucional do denominado modelo europeu ou kelseniano, que é a dicotomia entre a justiça ordinária e a instância constitucional.

³ A título representativo dessa preocupação de caráter mais monográfico, destacamos a obra de Humberto ÁVILA (2002). Destacam-se, também, as obras de Luis Afonso HECK (1995), de Marcelo CATTONI (2001) de Lenio Luiz STRECK (2002) e de José Adércio Leite SAMPAIO (2002).

⁴ Cabe mencionar que a metodologia adotada na elaboração do presente artigo já havia sido aplicada em estudo anterior sobre a temática da Jurisdição Constitucional, que gerou o artigo de José Ribas VIEIRA e Margarida Maria Lacombe CAMARGO (2003).

⁵ Posteriormente, esse autor consolidou seus estudos na obra *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I* (2003).

⁶ Um maior aprofundamento da Teoria dos Princípios está apresentado no recente trabalho de Robert ALEXY (2002, p. 29-63).

⁷ O referido dispositivo constitucional não dava, explicitamente, ao Poder Judiciário norte-americano via Corte Suprema o papel de guardião da Constituição.

⁸ Cf. Gabriel Bonnot de MABLY. *Observations sur le gouvernement et les Lois des Etats Unis d’Amerique* [S. l.: s. n., 19--?]. (Obras Completas), apud ACOSTA SÁNCHEZ, (1998, p. 20). Ao longo deste item, citaremos vários autores aos quais não faremos referência bibliográfica, pois estas já se encontram indicadas na obra estudada de ACOSTA SÁNCHEZ.

⁹ Sobre o tema Jurisdição Constitucional, PIZZORUSSO escreveu *Gli effetti delle decisioni delle Corte Costituzionale nei giudizi ordinari*.

¹⁰ Gostaríamos de destacar, ainda, as contribuições de Wechsler (princípios neutrais) e de Bickel.

¹¹ A partir deste ponto, citaremos vários autores aos quais não faremos referência bibliográfica, pois estas já se encontram indicadas na obra reseñada de DORADO PORRAS (2003).

¹² O debate após o caso *Roe versus Wade* (1973), legitimando o aborto nos EEUU, cindiu, na verdade, a discussão constitucional em dois segmentos: os *interpretativistas* (preocupados com o *original intent of the Constitution*) e os *não-interpretativistas*. A propósito, o próprio texto de DORADO PORRAS (2003) esclarece tais distinções.

¹³ A respeito dessa criação filosófica de DWORKIN (2002, p. 105 et seq.), o juiz Hércules, “um operador do direito com habilidades de aprendizagem, paciência e perspicácia super-humanas”, conferir o capítulo 4.5 de *Taking rights seriously*. Há tradução para o espanhol: *Los derechos en Serio* (1995). A editora Martins Fontes publicou tradução para o português sob o título *Levando os direitos a sério* (2002). Para DWORKIN, o dever do juiz é descobrir quais são os direitos das partes (a partir de padrões históricos pré-estabelecidos, que são os princípios), o que significa que o juiz jamais inventaria direitos novos mas, isto sim, *declararia direitos já existentes* (ainda que não reconhecidos até então).

¹⁴ O juiz desenvolveria seus próprios valores com base na construção de sua realidade, a partir das relações intersubjetivas dentro de sua Sociedade. Importante assinalar que, na conclusão deste trabalho, aprofundaremos a noção de valores através da concepção de *consciência jurídica* como esta é percebida pelos autores estudados por nós.

¹⁵ Ainda que em sentido principiológico, Willis Santiago GUERRA FILHO (2000) apresenta uma *filosofia do direito processual* como intersecção entre a filosofia do direito e a filosofia política do Estado, relacionando direito processual e Constituição, no sentido de apresentar as relações jurídicas e os direitos constitucionais como relações *dinâmicas, vivas*, em constante *processo*. Conferir especialmente, os capítulos 3 e 4 de *A Filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*.

¹⁶ Sobre KELSEN, considerado o maior pensador do positivismo jurídico, cf. sua obra mais famosa, *Teoria pura do direito* (1987), ou ainda *Teoria geral do direito e do Estado* (1998).

¹⁷ A concepção de *bloco constitucional* firmada pelo Conselho Constitucional francês, ao alargar o âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais, incorporando outros textos constitucionais franceses ao corpo da Constituição de 1958, receberá uma nova ampliação para integrar a questão ambiental: trata-se de projeto de Lei Constitucional enviada à Assembléia Nacional, conforme informa o *Le Monde* de 25 de junho de 2003.

¹⁸ Esse percurso de PIETRO SANCHÍZ (2000) é relevante porque, naturalmente, completa o quadro do debate norte-americano visto por ACOSTA SÁNCHEZ (1998), agora com uma entrada nos impasses da Jurisdição (“*justiça*”) Constitucional alemã.

¹⁹ I.e., relativa ao século XIX (*décimo nono*) bem como aos temas daquela época, conforme a ele se referem os escritores espanhóis.

²⁰ O que permite um excelente paralelismo com as pontuações de ACOSTA SÁNCHEZ (1998).

²¹ Forma razoável de ponderar sobre colisão de princípios foi a desenvolvida por ALEXY (2001, p. 111-112), com base no princípio da proporcionalidade. Tal princípio (*Verhältnismässigkeit*) “se desdobra em três subprincípios: o de adequação (mandamento da pertinência ou aptidão) (*Geeignetheit*), o de necessidade (mandamento de uso do meio mais brando) (*Erforderlichkeit – Gebot des mildestem Mittels*) e o de proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de ponderação específica) (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne – eigentliches Abwägungsgebot*).”

²² Sobre consciência *jurídica* do povo, bem como sua correlação com o conceito de legitimidade, conferir item 6 do presente artigo.

²³ “A Fórmula introduz unicamente um limite excepcional no (conceito de) direito. Segundo ela, o direito positivo só perde sua validade (*Geltung*) quando, como disse Radbruch, a contradição da lei positiva com a justiça alcança u’a medida de tal modo insuportável, que a lei, então um ‘direito injusto’ (*‘unrichtiges Recht’*), há de ceder ante a justiça. Tal é o caso quando se transpassa o umbral do direito extremamente injusto. Podemos portanto dar à fórmula de Radbruch esta redação abreviada: *O direito extremamente injusto não é direito.*”

²⁴ Roderick STACKELBERG (2002, p. 363). Em nota explicativa, o autor informa que “o termo ‘nazi’, ou nazista, é formado pelas duas primeiras sílabas de nacional-socialista, conforme pronúncia em alemão”, tendo sido usado primeiramente, de forma depreciativa, pelos oponentes do nacional-nacionalismo.

²⁵ Cf. Paulo BONAVIDES (2001, p. 207). O jurista afirma que, nas décadas de 40 e 50, “pelo menos na Alemanha, onde a Filosofia do Direito sempre travou suas batalhas mais renhidas, houve uma ressurreição jusnaturalista”, oriunda das tragédias da Segunda Guerra Mundial, que deixou os juristas perplexos e motivados a rever valores inerentes à ordem jurídica legítima, destacando que a cátedra positivista de Gustavo Radbruch foi convertida ao direito natural nesta ocasião.

²⁶ Claus ROXIM (2002, p. 191-192). O jurista afirma que a declaração da responsabilidade do autor é necessária para que haja efetivamente um crime. Esta, aliada à tipicidade e à antijuridicidade, forma, em conjunto com a ação, um comporta-

mento punível. A culpabilidade tem por pressuposto a imputabilidade e a inexistência de causas de exculpação, exemplificada pelo autor com o erro de proibição inevitável ou o estado de necessidade exculpante. Aponta, ainda, que a diferença entre ausência de antijuridicidade e ausência de culpabilidade, entre justificação e exculpação, situa-se no fato de que o “comportamento justificado é reconhecido pelo legislador, devendo ser suportado por todos, enquanto o comportamento exculpável não é aprovado e, em decorrência disso, está proibido. Ele não é punido, mas não precisa, em regra, ser tolerado por aquele que seja vítima de um comportamento antijurídico” [grifos nossos].

²⁷ Esse autor nos ensina que “a doutrina jurídica alemã contemporânea distingue, nitidamente, os direitos humanos dos direitos fundamentais. Os últimos são os que estão consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana”.

²⁸ “A própria dinâmica da vida internacional cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regiam por regras derivadas inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. O positivismo voluntarista se mostrou incapaz de explicar o processo de formação das normas do direito internacional geral e se tornou evidente que só se poderia encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade desse último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da idéia de uma justiça coletiva”.

²⁹ “...cada cultura, cada indivíduo tem sua própria concepção do auditório universal, e o estudo dessas variações seria muito instrutivo, pois nos faria conhecer o que os homens consideraram, no decorrer da história, *real, verdadeiro e objetivamente válido*” (p. 37).

Bibliografia

ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

ALEXY, Robert. *Derecho justo, retroactividad y principio de legalidad penal*. Tradução de A. Daniel Oliver-Lalana. *Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, Alicante, n. 23, p. 197-203, 2000.

_____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. *Revista de Derecho Constitucional*, [S. l.], n. 66, p. 29-63, sept./dic. 2002.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción Jorge Navarro et al. Barcelona: Piados, 1998.

BOBBITT, Philip. *Constitutional fate: theory of the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1982.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

COELHO, Luís Fernando. *Teoria crítica do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. *A constituição mexicana de 1917*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2003.

DENNINGER, Erhard. *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*. Roma: G. Giappichelli, 1998.

DORADO PORRAS, Javier. El debate sobre el control constitucional em los Estados Unidos. Madrid: Dickinson, 1997. (Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 3). Resenha de: PISARELLO, Gerardo. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, n. 2, enero/jun. 2000. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/rb/rb15.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2003.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 18th ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HÄRBELE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.

- HECK, Luis Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.
- HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX: 1941-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- NEVES, A. Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juízo: ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos de realização jurisdiccional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. 74, 1998. Separata.
- _____. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PIETRO SANCHÍZ, Luis. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 23, p. 161-194, 2000.
- PIZZORUSSO, Alessandro. Gli effetti delle decisioni delle corte costituzionale nei guidizi ordinari. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, [S. l.], ano 41, p. 909-924, 1987.
- POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROXIM, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [S. l.], n. 67, p. 49-67, enero/abr. 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- STACKELBERG, Roderick. *A Alemanha de Hitler*. Tradução de A. B. Pinheiros. Rio de Janeiro: Imago, 2002.
- STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. 2nd ed. Cambridge; London: Harvard University Press, 2001.
- TRINDADE, Antonio Carlos Cançado. Discurso do Prof. Antonio Carlos Cançado Trindade. Disponível em: <<http://mre.gov.br/ibr/cursos/palestra/discurso%20parainfo%20prof.html>>. Acesso em: [200-?].
- VIEIRA, Jose Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Em vista de um conceito de jurisdição constitucional. *Revista de Direito da PUC*, Rio de Janeiro, n. 15. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_ribas_e_marg.html>. Acesso em: 21 jul. 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.