



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 7, no. 2, jul./dez. 2014. ISSN 1982-4564.

## Neoconstitucionalismo e Jurisdição Constitucional no Brasil: uma proposta conciliatória entre a garantia de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e fortalecimento democrático

*Lygia Maria Copi\* e Érico Prado Klein\*\**

**Resumo:** O contexto brasileiro atual de neoconstitucionalismo traz em seu cerne a noção de supremacia da Constituição, a necessária garantia de direitos fundamentais e a possibilidade da concretização destes pelo Poder Judiciário. O resguardo dos preceitos constitucionais exige, muitas vezes, uma postura ativa por parte dos Tribunais, tanto no que atine à interpretação quanto no que se refere à efetivação das normas, mesmo que isso represente possível mitigação da separação dos poderes. Diante desse cenário, torna-se custoso aceitar doutrinas que impeçam ou limitem a participação do Poder Judiciário na realização constitucional, considerando sua inegável atuação proativa concernente à proteção dos direitos das minorias. No entanto, a realização do judicial review não poder dar origem à supremacia dos Tribunais. Deste modo, faz-se necessário o incremento das formas de diálogo entre o povo e as Cortes, a fim de que os cidadãos tornem-se parte do processo interpretativo e decisório. Neste sentido, especial importância recai nas associações da sociedade civil. A participação popular no controle de constitucionalidade torna-se, assim, uma forma de conciliar democracia e constitucionalismo.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo; Interpretação constitucional; *Judicial review*; Direitos fundamentais; Participação popular.

**Abstract.** The Brazilian neoconstitutionalism context brings in its center the notion of supremacy of the Constitution, the necessary guarantee of fundamental rights and the possibility of achieving these by the judiciary. The safeguarding of constitutional provisions often requires an active behavior of Courts, both for interpretation as to making the rules effective, even if it means possible mitigation of separation of powers. Given this scenario, it becomes costly to accept doctrines that prevent or limit the participation of the judiciary in the constitutional achievement, considering his undeniable proactive role regarding the protection of minority rights. However, the realization of judicial review cannot give rise to supremacy of the courts. It is necessary to increase the forms of dialogue between the people and the courts, so that citizens become part of the interpretive and decision-making process. In this regard, special significance lies in civil society associations. Popular participation in the control of constitutionality thus becomes a way of reconciling democracy and constitutionalism.

**Keywords.** Neoconstitutionalism. Constitutional interpretation; Judicial review; Fundamental rights; Public participation.

\* Advogada. Mestranda em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná.

\*\* Advogado. Pós-Graduando em Direito Processual Civil no Instituto Romeu Felipe Bacellar.

## 1. Considerações iniciais

Reconhece-se que vige atualmente em nosso país um sistema tendente ao ativismo judicial. Isso porque, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, emergiu o constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo<sup>1</sup>, paradigma este que tem como protagonista o Poder Judiciário e no qual se desconsidera, de certo modo, o papel desempenhado por outras instituições na interpretação e na aplicação constitucional.<sup>2</sup>

Tem-se que a jurisdição constitucional reúne a função de interpretar e de aplicar a Constituição.<sup>3</sup> No presente trabalho, pretende-se analisar a legitimidade da jurisdição constitucional no atual contexto de neoconstitucionalismo, a partir da vertente de constitucionalismo popular, do posicionamento favorável ao *judicial review* e das teorias procedimental e substancial de democracia.

O ponto de partida da presente análise funda-se no constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivista – ou, ainda, conforme adotado neste trabalho, no neoconstitucionalismo. Neste momento, ao se tratar das funções de interpretação e aplicação da Constituição, considera-se usualmente que estas cabem ao Poder Judiciário, principal garantidor dos direitos fundamentais. Neste sentido, a Carta Constitucional de 1988 confere ao Supremo Tribunal Federal o papel de *guardião da Constituição*, incumbindo-o de proferir a palavra final quando ocorrem controvérsias sobre o seu sentido.

A concentração de competências no Poder Judiciário – e mormente no Supremo Tribunal Federal – decorre, também, do modelo de controle de

---

<sup>1</sup> Não se pretende no presente trabalho trazer o histórico e as diversas vertentes do constitucionalismo. É de se mencionar, no entanto, que este movimento indica a necessidade da Constituição para conferir limitações ao poder em prol das garantias dos indivíduos. Nas palavras de Canotilho, “*constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará um técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.*” (CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51). Nesta esteira, o neoconstitucionalismo, também designado como constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivista, surgiu na metade do século XX e pode ser visualizado no Brasil desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Afirma Eduardo Capellari que diversos elementos são necessários para a compreensão do neoconstitucionalismo, apontando, dentre outros: “*a) a compreensão do papel de supremacia atribuído à Constituição como elemento integrador da comunidade política; b) a superação da dicotomia (...) entre soberania popular (vontade geral) e direitos humanos, como fatores de legitimação da ordem jurídica; (...) e) em função da necessidade de legitimação e fundamentação do direito através de procedimentos democráticos, a percepção da pertinência da abertura constitucional, como fator de alargamento do consenso produzido pelo debate constitucional (...).*” (CAPELLARI, Eduardo. *A crise da modernidade e a constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 77-78.

<sup>2</sup> Nesse sentido, afirma Gilmar Mendes, acerca do neoconstitucionalismo, que “*como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos a todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações de cunho representativo.*” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62).

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 386.

constitucionalidade adotado em nosso país, marcado pela sua abrangência. Trata-se de sistema misto – de um lado, há o controle incidental, exercido de modo difuso pelos juízes e tribunais; de outro, há o controle principal, realizado por meio de ação direta, com competência concentrada no STF.<sup>4</sup> É de se ressaltar, neste ponto, que a Constituição permitiu a reunião de poderes de controle no Supremo Tribunal Federal.

Ademais, o novo constitucionalismo adotado no Brasil desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a inclusão de uma série de direitos fundamentais, exige do Poder Judiciário um papel de efetivação de direitos. Torna-se patente, com isso, o ativismo judicial, o qual é objeto de diversas críticas, as quais se centralizam especialmente no fato de os juízes não terem sido eleitos pela população.

O papel atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário pátrio neste momento de neoconstitucionalismo, sobremaneira por dar a última palavra quanto à interpretação constitucional, evidencia o embate entre democracia e constitucionalismo.<sup>5</sup> Isso porque, para que seja materializada a Constituição e os direitos nela contemplados, há muitas vezes a redução do espaço de deliberação política aberto às maiorias.<sup>6</sup>

O debate acerca de quem é o intérprete por excelência da Constituição data de longo tempo nos Estados Unidos. Larry Kramer, de um lado, foi um dos autores norte-americanos que rejeitou a supremacia judicial a partir da releitura das origens do constitucionalismo de seu país. Verificou, com isso, que os “Pais Fundadores” indicaram o povo enquanto intérprete constitucional, de modo que caberia à comunidade a análise da Constituição – e não necessariamente aos Tribunais. O entendimento de que é função do povo a interpretação e construção constitucional remete ao chamado “constitucionalismo popular”.

De outro lado, há o posicionamento que defende ser a Suprema Corte o órgão mais bem preparado para defender a Constituição, dando ensejo ao *judicial review*, considerando que o Poder Judiciário deve controlar atuações dos outros poderes que representem violação à Constituição e aos direitos fundamentais.

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67.

<sup>5</sup> Luís Roberto Barroso explicita a tensão entre constitucionalismo e democracia no seguinte trecho: “Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (*Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat*). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88-89).

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

Ressalte-se desde já que há grande aceitação do *judicial review* contemporaneamente. No entanto, considerando possíveis prejuízos causados pela supremacia do Poder Judiciário no que atine à interpretação e aplicação constitucional, sobrevieram as teorias substancial e procedimental de democracia, a fim de justificar e limitar o controle do Poder Judiciário.

Nesse sentido, enquanto os substancialistas admitem o controle pelo Poder Judiciário das decisões políticas que possam contrariar os direitos fundamentais e os principais fins públicos de uma sociedade democrática, os procedimentalistas entendem que aos juízes cabe apenas fiscalizar o funcionamento adequado do processo deliberativo.<sup>7</sup>

A partir dessa análise, sem a pretensão de se buscar uma resposta à complexa tensão entre democracia e constitucionalismo, visa-se encontrar no contexto pátrio uma solução conciliadora entre a garantia dos direitos fundamentais pelas Cortes e a maior participação popular no processo decisório constitucional, com o fortalecimento democrático.

Assim, será promovida análise da possível participação social na interpretação constitucional, os benefícios e a forma como tal participação pode se dar, além da sua inserção em um contexto de aprofundamento das instituições democráticas e incentivo à associação de pessoas na busca pela qualificação da expressão de vontades, fiscalização e legitimação da atuação estatal e concretização de direitos.

## **2. A supremacia constitucional, o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial**

O momento atual do constitucionalismo é caracterizado pela supremacia da Constituição, à qual se subordinam os demais poderes constituídos. Em virtude desta primazia, a Constituição encontra-se em posição hierárquica superior às demais normas, de modo que leis e atos jurídicos não serão considerados válidos caso afrontem alguma norma constitucional.<sup>8</sup>

Tem-se que a Carta Constitucional é "*ordem fundamental, eis que reside em posição de supremacia.*"<sup>9</sup> Como forma de garantia de aludida prioridade, são conferidos mecanismos de controle de constitucionalidade.<sup>10</sup> Compreender a Constituição como norma fundamental, mais do que implicar o reconhecimento

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, 2ª Edição Revista, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

<sup>9</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25-26.

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

de sua supremacia no ordenamento, requer a existência de instrumentos que tutelem sua condição prioritária na ordem jurídica.<sup>11</sup> É inclusive por força da supremacia constitucional que pode o intérprete se negar a aplicar uma norma entendida como violadora da Constituição.<sup>12</sup>

Este movimento, marcado pela supremacia constitucional, pelo controle de constitucionalidade abrangente realizado especialmente pelo Poder Judiciário, e pela superação da dominação do Poder Legislativo para a concretização de direitos, remete ao neoconstitucionalismo.

Ressalte-se, neste ponto, que até a metade da década de 1940 vigia na Europa um sistema de supremacia do Poder Legislativo, decorrente, de um lado, da influência da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e, de outro, da noção francesa de que a lei expressaria a vontade geral. Ao final da década, sobreveio um novo modelo, no qual foi reconhecida a supremacia da Constituição diante da experiência dos Estados Unidos.<sup>13</sup>

O neoconstitucionalismo está embasado em linhas de pensamento bastante heterogêneas, com autores das mais diversas posições jusfilosóficas. Com isso, é comprometida uma conceituação uniforme, na medida em que não existe apenas uma vertente de neoconstitucionalismo, mas diversas visões que guardam entre si elementos comuns, como o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e uma nova hermenêutica.<sup>14</sup>

Tem-se que esta doutrina deriva dos acontecimentos ocorridos na Europa Ocidental a partir do segundo pós-guerra, os quais puderam também ser verificados mais tarde nos países de terceiro mundo. Explica Daniel Sarmento que até a Segunda Guerra Mundial a cultura jurídica prevalente era essencialmente legicêntrica, não atribuindo força normativa às Constituições. Com isso, os direitos fundamentais eram concretizados apenas se embasados em leis, e não envolviam garantias contra o arbítrio ou o descaso das maiorias políticas instaladas no Poder Legislativo.<sup>15</sup>

Com o fim da Segunda Guerra e das ditaduras de direita, a concepção de Constituição foi alterada. Percebeu-se a necessidade de criar mecanismos de proteção dos direitos fundamentais e de constitucionalizar a ordem jurídica

---

<sup>11</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 25-26.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, 2ª Edição Revista, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 263.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 266.

<sup>15</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. IN: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, \_\_\_\_\_ (Org.), Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 116.

como um todo, e a forma encontrada para isto foi a ampliação da jurisdição constitucional.

Com a abertura e a indeterminação semânticas das normas constitucionais, que são em sua maioria princípios, foi necessário ir além da tradicional subsunção e adotar uma nova hermenêutica. Isso porque as disposições da Constituição não apresentam sentido único, revelando-se como moldura em que se tornam possíveis diversas interpretações.<sup>16</sup> Para resolver eventuais colisões, foram implementadas a técnica da ponderação e o princípio da proporcionalidade. Para dar legitimidade às decisões, foram desenvolvidas diversas teorias da argumentação jurídica, capazes de incorporar ao Direito elementos desprezados pelo positivismo clássico.<sup>17</sup>

Deste modo, aumentou a importância política do Poder Judiciário, que passou cada vez mais a ser responsável pela interpretação constitucional e pela resolução de questões polêmicas e relevantes para a sociedade. Ainda, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, coube ao Poder Judiciário a sua proteção em face de ações do processo político majoritário que podem eventualmente lhes ofender.<sup>18</sup>

Tem-se que o neoconstitucionalismo buscou superar o positivismo tradicional construindo novas noções que, embasadas na razão prática, fossem compatíveis com as novas realidades do direito e da sociedade. Ampliou-se o ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais e foram endossadas teorias de democracia mais substantivas que, em nome dos direitos fundamentais, permitem restrições amplas ao poder do legislador.

Explica Daniel Sarmento que no contexto do neoconstitucionalismo a rígida separação de poderes, com a limitação da atuação do Poder Judiciário, perde espaço para visões favoráveis ao ativismo judicial como meio de garantia dos preceitos constitucionais. O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. No entanto, o fato é que *"(...) esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional."*<sup>19</sup>

Acerca da separação de poderes no Estado Democrático de Direito, algumas considerações se revelam necessárias. É de suma importância que seja bem definida a separação de poderes, instituto esse que permite a limitação dos poderes, a garantia das liberdades políticas, a não-influência política no judiciário e a realização plena das funções fiscalizatórias dos diversos órgãos. A tripartição

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, 2ª Edição Revista, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 7.

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. IN: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, \_\_\_\_\_ (Org.), Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 118-119.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 263.

<sup>19</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit* p. 122.

de poderes assegura, portanto, a realização de um *modo de vida correspondente à democracia*, ou seja, a realização de uma vontade legitimada pelas vias democráticas, sob os crivos de um status em que os poderes estão interligados, se comunicam e se harmonizam, porém também realizam fiscalização mútua.<sup>20</sup>

Essencial perceber que a harmonização dos poderes, com fins de fiscalização e limitação recíproca, só ocorre quando se garante o pluralismo característico do Estado Democrático de Direito<sup>21</sup> por meio da ampla participação dos diversos setores da sociedade<sup>22</sup> e da expressão legítima de interesses heterogêneos. É até em razão da tripartição de poderes que se propõe a participação social nas decisões jurídicas, principalmente aquelas que levem a nova interpretação constitucional.

É sabido que uma das grandes críticas à atuação do Poder Judiciário é a utilização de prerrogativas legislativas para as quais não estaria habilitado, principalmente por seus integrantes não terem sido eleitos. O que se verificará na sequência é que, diante da necessidade de garantia de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, uma forma de legitimação de suas decisões se dá pela oitiva das associações de pessoas dos setores influenciados pelas decisões.

Certo é que o reconhecimento da exclusividade do Poder Judiciário quanto à interpretação e à efetivação dos preceitos constitucionais é objeto de intenso debate. Na sequência, passa-se a analisar o neoconstitucionalismo no Brasil, com foco no modelo de controle de constitucionalidade aqui adotado e no modo de interpretação da Constituição.

### **3. O neoconstitucionalismo brasileiro e o papel de guardião constitucional conferido ao Poder Judiciário**

Enquanto na Europa Ocidental a Constituição passou a ser compreendida enquanto norma superior desde a Segunda Guerra Mundial, no Brasil a supremacia constitucional somente ocorreu após a redemocratização do país, com a promulgação da Carta de 1988. Antes disso, em que pese já previsto o controle de constitucionalidade, as Constituições não eram entendidas como verdadeiras normas jurídicas. Ainda, mesmo com a previsão de direitos constitucionais, a concretização destes dependia da iniciativa de governantes.<sup>23</sup>

O *rito de passagem* da Constituição como mero texto para a Constituição como norma maior se deu pela sua efetivação, decorrente da preocupação com o

---

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 2/3.

<sup>21</sup> O conceito de pluralismo e o de Estado Democrático de Direito não constam da obra do autor citado nas notas seguintes.

<sup>22</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. Cit*, p. 123-124.

cumprimento das suas disposições. Mais do que um esboço orientativo a ser observado pelo Poder Legislativo, a Constituição de 1988 tornou-se um programa de valores que obrigatoriamente deve ser concretizado pelo legislador.<sup>24</sup> Este movimento fez com a Carta Constitucional "(...) deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania."<sup>25</sup>

É de se ressaltar a importância da Constituição Federal de 1988 para a consolidação da democracia no Brasil, representando, inclusive, a *travessia democrática brasileira*, tendo permitido a materialização de um extenso período de estabilidade política.<sup>26</sup> Ainda, a Carta permitiu a manutenção da luta contra-hegemônica "(...) em face do predomínio da lógica econômica de inspiração neoliberal, com vistas à construção de uma sociedade mais equitativa no Brasil."<sup>27</sup>

Em virtude da relevância da Constituição, verifica-se, no Brasil, a ocorrência da constitucionalização do sistema jurídico, isto é, a irradiação dos valores constitucionais para os demais ramos do Direito. Tal fenômeno ocorre especialmente por via da jurisdição constitucional, que "*abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração da inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral.*"<sup>28</sup>

Observa-se que no Brasil a jurisdição constitucional é realizada de forma ampla, sendo exercida tanto pelos juízes quanto pelo Supremo Tribunal Federal, todos com poder de interpretar a Constituição e de recusar a aplicação de legislação entendida como inconstitucional.<sup>29</sup>

O sistema de controle de constitucionalidade pátrio é misto, realizado tanto pelos juízes e pelos Tribunais, como pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, de um lado, há o controle incidental, exercido de modo difuso pelos juízes e

---

<sup>24</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. *Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo*. IN: Revista Quaestio Iuris da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 37.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, 2ª Edição Revista, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 77.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 361.

<sup>27</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. *Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo*. IN: Revista Quaestio Iuris da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 02.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 383.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 383-384.



tribunais e, de outro, há o controle principal, realizado pelo STF.<sup>30</sup> Desta forma, é de se ressaltar que houve, com a Constituição Federal de 1988, a redução do controle incidental ou difuso, vez que a grande maioria das controvérsias sobre a constitucionalidade de normas é submetida ao Supremo Tribunal Federal.<sup>31</sup>

Como se vê, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade tem como regra a sua realização pelo Poder Judiciário, o qual profere o entendimento final sobre a interpretação da Constituição.<sup>32</sup> Verifica-se, assim, que as questões políticas e sociais são decididas em definitivo pelos Tribunais.<sup>33</sup> Reduzidas são as hipóteses de controle pelo Poder Executivo e Legislativo.

Além da realização do controle da legitimidade constitucional das normas, outro fator que permitiu a ascensão do Poder Judiciário em nosso país foi o fenômeno da judicialização, pelo qual juízes e tribunais passaram a ser considerados como os principais realizadores da justiça. Houve, com isso, a politização do Poder Judiciário, deixando de ser mero *departamento técnico especializado*, desempenhando papel político juntamente com os Poderes Executivo e Legislativo.

É de se ressaltar, ainda, que no contexto pátrio o ativismo judicial e a judicialização são impulsionados pela descrença geral do povo quanto à política majoritária, e, em especial, pelo descrédito no Poder Legislativo e nos partidos políticos.<sup>34/35</sup>

Diante desse quadro, no qual se verifica que a função de interpretação constitucional é atribuída quase exclusivamente aos Tribunais, necessária se faz a análise das correntes norte-americanas de constitucionalismo popular e de *judicial review*, que inauguraram o debate acerca daquele que detém a responsabilidade por interpretar a Constituição.

---

<sup>30</sup> Ensina Luís Roberto Barroso que “no sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso ordinário (CF, art. 102, II) e, sobretudo, extraordinário (CF, art. 102, III), este último idealizado justamente para que o STF controle a aplicação da Constituição pelas instâncias inferiores, e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas. (BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 265.).

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1117.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 384.

<sup>34</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. IN: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, \_\_\_\_\_ (Org.), Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 131-132.

<sup>35</sup> Nesse sentido, Daniel Sarmento explica que “A percepção geral, alimentada por sucessivos escândalos e pelo discurso de alguns meios de comunicação social, de que a política parlamentar e partidária são esferas essencialmente corrompidas, que se movem exclusivamente em torno de interesses e não de valores, gera em alguns setores a expectativa de que a solução para os problemas nacionais possa vir do Judiciário.”. (SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 132.).

### 3. O princípio da discussão – Quem é o intérprete por excelência da Constituição?

Em um primeiro momento da experiência constitucional estadunidense, a atuação proativa do Poder Judiciário foi defendida pela vertente conservadora, uma vez que pela atividade da Suprema Corte foi possível a política da segregação racial e a invalidação de leis com cunho social. A situação, no entanto, foi alterada a partir da década de 1950, quando a Corte Constitucional passou a produzir jurisprudência com teor progressista no que atine aos direitos fundamentais.<sup>36</sup>

Diante dessa alteração, aumentou o campo para o debate em que se defende, de um lado, o *judicial review* e o ativismo judicial no tocante à interpretação e à aplicação da Constituição e, de outro, a retirada da Constituição dos Tribunais.

Verifica-se, em verdade, que aludido debate reflete a tensão entre constitucionalismo e democracia.<sup>37</sup> Isso porque a adoção de uma Constituição rígida, por meio de processo constituinte democrático, dificulta a deliberação pela maioria acerca dos temas nela dispostos, os quais passam a contar com critérios rigorosos para serem rediscutidos. Assim, *“os que se consideram iluminados o suficiente para a compreensão dos temas debatidos na Constituinte duvidam das gerações vindouras e proíbem a rediscussão.”*<sup>38</sup>

Tem-se que nos Estados Unidos da América, em virtude do entendimento de Constituição como norma suprema, abriu-se espaço para que os membros do Poder Judiciário verificassem possíveis ofensas da lei à norma constitucional, deixando de aplicar a legislação.<sup>39</sup> Disso decorreu a doutrina do *judicial review*, segundo a qual o Judiciário, enquanto intérprete da Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade de leis.

A força do Poder Judiciário no que atine à interpretação e à aplicação da Constituição foi reconhecida com a decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, proferida no ano de 1803. Em tal situação, adotou-se o entendimento de que se uma lei é inconstitucional, podem os juízes declarar a afronta a Constituição e deixar de aplicá-la.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 388-389.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 389.

<sup>38</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. *Neoconstitucionalismo e democracia*. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/Publicacao\\_10400\\_em\\_17\\_06\\_2011\\_09\\_48\\_47.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/Publicacao_10400_em_17_06_2011_09_48_47.pdf)>. Visualizado em 26/07/2014>. Visualizado em 16/06/2014.

<sup>39</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

<sup>40</sup> Consoante explica Bruce Ackerman em *“Nós, O Povo Soberano”*, Marshall, em tal decisão, *“(...) afirma que a Constituição tem um status superior como lei maior em virtude de sua promulgação efetivada pelo povo. Até que um movimento constitucional possa emendar a lei suprema, a tarefa da Corte é preservar os julgamentos*

A decisão da Suprema Corte no caso aludido é o marco inaugural do controle de constitucionalidade, o qual não tem previsão na Constituição dos Estados Unidos, mas que foi incorporado à tradição norte-americana desde tal julgado. A partir disso, por estarem vinculados ao texto constitucional, os juízes podem negar vigência a leis que o afrontem.

Mais do que a supremacia da Constituição, a decisão do caso *Marbury v. Madison* apontou a supremacia do Poder Judiciário<sup>41</sup>, uma vez que o indicou como intérprete oficial do texto constitucional. A Constituição passava a ser, então, aquilo que a Suprema Corte diz ser.

Diante desse posicionamento que foi adotado, Larry Kramer, compreendendo que estaria instaurada a supremacia do Poder Judiciário e que esta seria prejudicial ao regime democrático, originou nos Estados Unidos, juntamente com outros juristas, a vertente chamada de *constitucionalismo popular*. Os pensadores dessa corrente têm como ponto em comum a desconfiança frente ao elitismo da reflexão jurídica contemporânea e a crítica quanto à obsessiva atenção conferida ao Poder Judiciário.<sup>42</sup> Em suma, aqueles que aderem a esta vertente rejeitam a visão juricêntrica de interpretação constitucional.

Defendeu Larry Kramer que no momento da ratificação da Constituição o posicionamento dos idealizadores não apontava no sentido de entregar a interpretação constitucional aos juízes. O controle de constitucionalidade, em que pese necessário, seria feito pelo povo, representante da autoridade interpretativa da Constituição ao invés da Suprema Corte.<sup>43</sup>

Para o autor, seria necessário que alguém tivesse autoridade interpretativa para decidir em conflitos constitucionais, todavia, em um sistema de soberania popular, este poder não estaria com os juízes. A análise poderia

---

*do povo contra a erosão do processo de criação da lei.* (ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo o povo soberano. Fundamentos de Direito Constitucional*. Tradutor: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 99.).

<sup>41</sup> Nesse ponto, Larry Kramer afirma que há uma aceitação geral de que é a Suprema Corte que interpreta o sentido da Constituição e isso é o princípio da supremacia judicial. Observe-se o seguinte trecho: *"It is the Court that tells us what the Constitution means. That, in a nutshell, is the principle of judicial supremacy."* (KRAMER, Larry. *The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=938721](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=938721)>. Visualizado em 05/07/2014.).

<sup>42</sup> GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre "The People Themselves", de Larry Kramer*. Disponível em: < <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf> >. Visualizado em 30/07/2014.

<sup>43</sup> Observe-se o seguinte trecho: *"Constitutionalism in the Founding era was different. Then, power to interpret (and not just the power to make) constitutional law was thought to reside with the people. And not theoretically or in the abstract, but in an active, ongoing sense. It was the community at large — not the judiciary, not any branch of the government—that controlled the meaning of the Constitution and was responsible for ensuring its proper implementation in the day-to-day process of governing."* (KRAMER, Larry. *The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=938721](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=938721)>. Visualizado em 05/07/2014.).

inclusive ser passada para o Poder Judiciário, mas este não teria a palavra final sobre o caso.

Uma das principais críticas oponíveis ao constitucionalismo popular apresentado por Kramer foi quanto à carência de aplicabilidade da teoria.<sup>44</sup> Isso porque não restaria claro o modo pelo qual o povo poderia interpretar a Constituição. Em resposta a esta crítica, Kramer apontou que a maior preocupação em um novo constitucionalismo deveria ser quanto à criação de instituições que permitissem a efetivação da interpretação pelo povo.

Tom Donnelly, outro constitucionalista popular, reconhece a difícil aplicabilidade da interpretação da Constituição pelo povo. Nesse sentido, apresenta uma proposta que permitiria a realização do constitucionalismo popular, incluindo reformas que adiantem o sistema político, maximizem o número de eleições competitivas, diminuam a distância entre decisões judiciais e visão do povo, e melhorem a competência e confiança cívicas.<sup>45</sup>

O autor se foca especialmente no elemento de veto popular (*people's veto*). Isso porque, em seu entendimento, o constitucionalismo popular apenas funcionaria caso houvesse um mecanismo formal de reconsideração das decisões constitucionais da Suprema Corte. Desta forma, o veto popular se limitaria às decisões sem consenso (*five-to-four*).<sup>46</sup> Nestas situações, o caso seria remetido ao Congresso, que votaria pela possibilidade ou não de reconsideração da decisão. Caso o entendimento fosse positivo, o caso seria levado ao povo, que decidiria a questão por meio de referendo.<sup>47</sup>

Para Donnelly, o veto popular geraria uma mudança psicológica no comportamento do povo, visto que este perceberia que nem sempre a palavra

---

<sup>44</sup> Neste tocante, aponta Serota que a teoria de Kramer representa um argumento poderoso em favor de uma interpretação mais democrática da Constituição. Todavia, teria trazido poucos detalhes sobre o modo pelo qual esta mudança na interpretação constitucional seria feita. *"Although The People presents a powerful argument in favor of a more democratized approach to constitutional interpretation, Kramer provides few details as to how this reform would operate in practice."* (SROTA, Michel. *Popular Constitutional Interpretation*. IN: Connecticut Law Review. Vol. 44, Julho de 2012, nº 05, p.1645.)

<sup>45</sup> Neste sentido, veja-se o seguinte trecho: *"Although judicial reform is a sensible goal, popular constitutionalists should advance a broad agenda that is committed to both popular self-rule and constitutionalism. Such an agenda should include reforms that: (1) speed up our political system; (2) maximize the number of competitive elections; (3) narrow the gap between judicial decisions and the American people's constitutional views; and (4) improve civic competence and confidence."* (DONNELLY, Tom. *Making Popular Constitutionalism Work*. IN: Wisconsin Law Review, p. 181.)

<sup>46</sup> *"(...) the People's veto would be reserved for five-to- four decisions of the Supreme Court on constitutional issues. (...) Only in five-to-four decisions would our constitutional system change—in other words, in cases without a legal consensus and where there are especially plausible constitutional constructions on either side of the issue. Here is how the process might work."* (DONNELLY, Tom. *Op. Cit.*, p. 188.)

<sup>47</sup> *"Once the Court issues a five-to-four decision on a constitutional question, the case would be sent to Congress for an up-or-down vote on public reconsideration. If Congress votes for reconsideration, the case would then go to the American people."* (DONNELLY, Tom. *Op. Cit.*, p. 188.)

final está com a Suprema Corte. O veto popular, assim, permitiria o engajamento dos cidadãos nas questões constitucionais.<sup>48</sup>

Um dos autores que se opôs ao constitucionalismo popular foi Michel Serota, com base na visão de fidelidade constitucional. Para ele, aqueles que exercem a interpretação constitucional devem saber que estão em exercício da autoridade interpretativa. Ainda, compreende que a habilidade para interpretar a Constituição depende da aquisição de conhecimento específico e de competências racionais.<sup>49</sup> Para o autor falta ao povo aludida habilidade, que é verificável nos juízes.

Não há dúvidas de que o posicionamento favorável ao *judicial review* restou dominante. Entretanto, considerando o risco referente à supremacia do Poder Judiciário no que atine à interpretação constitucional, sobrevieram as teorias substancial e procedimental de democracia a fim de justificar e limitar o controle de constitucionalidade judicial, consoante se passa a demonstrar.

#### **4. A jurisdição constitucional sob a perspectiva das teorias procedimental e substancial de democracia**

O debate entre a corrente substancial e a procedimental diz respeito ao papel que deve ser desempenhado pelo Poder Judiciário como protetor da Constituição, isto é, se cabe a ele apenas garantir deliberações populares democráticas ou se deve conferir direitos considerados substanciais mesmo que contrariamente à maioria. Conforme pontua Luís Roberto Barroso, a principal diferença entre as vertentes reside no fato de a primeira focar no princípio da justiça e a segunda dar ênfase ao princípio majoritário.<sup>50</sup>

O monopólio do poder de interpretação constitucional por parte dos Tribunais Constitucionais, que decorre da primazia da Constituição, da competência decisória dos Tribunais em última instância e da ausência de cânones metódicos indiscutíveis, justifica o posicionamento de diversos juristas no sentido de retirar a Constituição do Poder Judiciário e de impor limites à jurisdição constitucional.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> "Over time, this might change the constitutional psychology of the American people. They would no longer presume that the Supreme Court would "get the final say" on high-salience constitutional issues. Instead, they would ask themselves how they would decide the issue—and why." (DONNELLY, Tom. *Op. Cit.*, p. 192.)

<sup>49</sup> "To briefly recap, the two basic insights of this Section are: (1) the exercise of all interpretive authority, including popular interpretive authority, must be done faithfully; and (2) the ability to faithfully interpret the Constitution requires, at minimum, the acquisition of certain competencies." (SEROTA, Michel. *Popular Constitutional Interpretation*. IN: Connecticut Law Review. Vol. 44, Julho de 2012, nº 05, p. 1651.)

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

<sup>51</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51.

Da supremacia do Poder Judiciário decorre a judicialização da política e o desestímulo da população no que se refere às decisões constitucionais. O juiz, nesse contexto, torna-se o protagonista da justiça, dando ensejo ao descrédito popular quanto às demais instituições de poder.

Para os procedimentalistas, o Poder Legislativo se encontra mais aberto às manifestações do povo, de modo que o mérito das decisões da maioria não poderia ser revisto pelos juízes. Desta forma, ao Poder Judiciário caberia apenas garantir aos cidadãos o procedimento deliberativo democrático para a formação de opinião, e não a análise do conteúdo em si.

John Hart Ely, em análise que se limitou à Constituição dos Estados Unidos, compreende que os Tribunais somente podem intervir na legislação aprovada por meio de processo democrático quando este tiver se dado de modo indevido. Assim, competiria ao Poder Judiciário garantir a lisura do procedimento de deliberação, sem, no entanto, adentrar no mérito das decisões.

O posicionamento do autor se baseia no suposto caráter antidemocrático do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, uma vez que, ao declarar inconstitucional determinada lei, aprovada pelo Poder Legislativo, a Corte estaria a aplicar valores constitucionais das gerações anteriores em detrimento do posicionamento da maioria.<sup>52</sup>

Tem-se que Ely, enquanto defensor da limitação do ativismo judicial, posiciona-se de forma contrária à ideia de que o Poder Judiciário deve analisar a relevância de um princípio moral da sociedade e transformá-lo em princípio jurídico. Entende o autor que não poderia a Suprema Corte buscar consensos da comunidade sem fazê-lo com base em sua opinião pessoal, o que possibilitaria a insegurança jurídica.<sup>53</sup>

Deste modo, Ely não afasta a jurisdição constitucional, mas impõe-lhe limites, compreendendo que caberia à Corte Constitucional apenas a garantia do procedimento democrático, e não a análise do mérito das leis oriundas do Poder Legislativo.

Habermas, com base em sua teoria do discurso, aproxima-se à corrente de democracia procedimental. Compreende o autor que somente é legítimo o direito baseado no princípio democrático, que decorre da opinião de cidadãos que possuem os mesmos direitos e as mesmas possibilidades de seu exercício. Assim, a atenção do Poder Judiciário deve se assentar no procedimento democrático, que necessita ser pautado pela deliberação aberta a todos.<sup>54</sup> As ações constituintes requerem, então, atos de entendimento da coletividade,

---

<sup>52</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *Jurisdição Constitucional entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 28.

<sup>53</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *Op. Cit.*, p. 26-27.

<sup>54</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *Jurisdição Constitucional entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 32.

estabelecidos de forma democrática e sincera pelos participantes.<sup>55</sup> Deste modo, Habermas foca na garantia da deliberação (processo comunicativo) através de regras de procedimento.<sup>56</sup>

Já na corrente substancialista, entende-se que cabe ao Poder Judiciário um papel de intervenção para atingir o ideal de justiça, sendo que devem os juízes proteger os direitos das minorias, as quais não restam contempladas pelas deliberações da maioria.

Esta vertente tem como principal colaborador Dworkin, que *“enxerga a defesa de direitos fundamentais como a tarefa central das cortes – o ‘fórum do princípio’ – e a deliberação sobre políticas públicas (policies) o papel principal de parlamentos eleitos (...)”*.<sup>57</sup>

Nesse sentido, seria importante ter uma instituição no sistema cuja função principal e exclusiva seria a de decidir com fulcro em princípios, visto que a lógica eleitoral que é ínsita às deliberações da maioria poderia por em risco direitos fundamentais. Deste modo, *“separar o fórum em que predomina a utilidade do fórum em que predomina o princípio é uma sábia escolha institucional.”*<sup>58</sup>

Para Dworkin, a concepção constitucional de democracia pressupõe requisitos morais que não são suficientemente atendidos pelo processo deliberativo majoritário, mas pela “resposta certa” sobre direitos fundamentais, a qual *“é inspirada pelo ideal da ‘igual consideração e respeito’, e ajuda a promover a ‘filiação moral’ de cada pessoa à comunidade política.”*<sup>59</sup>

A democracia, para Dworkin, requer mais que a garantia da decisão da maioria por meio de procedimentos formalmente igualitários, exigindo incremento de teor substantivo. Considerando que todos merecem igual respeito e consideração<sup>60</sup>, os direitos das minorias devem ser resguardados, e disso decorre a importância do *judicial review*.

---

<sup>55</sup> SILVA, Jonathas Bezerra. A legitimidade do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais. IN: Gilmar Ferreira Mendes e Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch (org.). *Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Experimentalismo Institucional*, p. 65. Disponível em: <

<sup>56</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *Op. Cit.*, p. 35.

<sup>57</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

<sup>58</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Op. Cit.*, p. 80.

<sup>59</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>60</sup> Nesse sentido, veja-se: *“The partnership conception of democracy is different: it holds that selfgovernment means government not by the majority of people exercising authority over everyone but by the people as a whole acting as partners. This must inevitably be a partnership that divides over policy, of course, since unanimity is rare in political communities of any size. But it can be a partnership nevertheless if the members accept that in politics they must act with equal respect and concern for all the other partners.”* (DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 384.).

Dworkin refuta, ademais, a premissa de que os Tribunais tomam decisões políticas, uma vez que não haveria mera discricionariedade tendo em vista a existência de princípios a serem seguidos.<sup>61</sup> Tais princípios, baseados nos valores da comunidade, impõem um caminho a ser seguido na tarefa de interpretação constitucional.

## **5. A conciliação entre constitucionalismo e democracia no contexto brasileiro**

O embate entre constitucionalismo e democracia, consoante exposto acima, remete ao dilema entre assegurar prioritariamente a justiça ou a deliberação da maioria. Nesta esteira, os que defendem a imposição de limites ao *judicial review* entendem que o controle do Poder Judiciário sobre as decisões dos demais poderes viola o sistema democrático e a tripartição de poderes. Já os que advogam pela revisão judicial afirmam que as leis representam a opinião dos vencedores, relegando os direitos das minorias – que devem também ser resguardadas.

As objeções ao *judicial review* e ao ativismo judicial merecem ser revistas e ressaltadas. Neste ponto, requer atenção o fato de os juízes não serem eleitos, do que emanaria o suposto caráter antidemocrático das decisões dos Tribunais. Ainda, da concentração do poder de interpretação e de aplicação da Constituição nos juízes decorreria um possível desinteresse popular quanto ao texto constitucional, eis que os indivíduos não se sentiriam parte do processo interpretativo e decisório. Ademais, o controle dos atos do Poder Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário poderia representar uma afronta ao modelo de tripartição de poderes.

Tais objeções, em que pese pertinentes, não são capazes de afastar a importância do *judicial review*. Verifica-se, assim, que o Poder Judiciário é o principal responsável pela concretização da Constituição e dos direitos fundamentais no Brasil.

Ressalte-se, ademais, que a Carta Constitucional de 1988 “*extravasa os limites do constitucionalismo tradicional, de corte liberal, albergando na Lei Maior um extenso elenco de direitos fundamentais, bem como incorporando, por meio dos princípios, opções valorativas e, por meio de diretrizes, compromissos políticos.*”<sup>62</sup>

A Constituição, ao definir valores a serem realizados, requer atuações concretas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Desta forma, em um

---

<sup>61</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *Jurisdição Constitucional entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 64.

<sup>62</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. *Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo*. IN: Revista Quaestio Iuris da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 05.



sistema que pugna pela ampla proteção dos direitos dos indivíduos, se pelas deliberações democráticas há a garantia dos interesses da maioria, os direitos das minorias devem ser resguardados pela atuação dos Tribunais.

Assim, se os direitos fundamentais não são assegurados pelos Poderes Executivo e Legislativo, cabe aos Tribunais a sua garantia, eis que são os guardiões da Constituição. Considerando vigor em nosso sistema a supremacia dos direitos fundamentais, sua efetivação permite a interferência do Poder Judiciário nas decisões das maiorias.

É de se ressaltar que no Brasil são vários os casos de concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e, mais especificamente, pelo Supremo Tribunal Federal. Direitos até então relegados pelo Poder Legislativo, uma vez que não interessantes às maiorias, foram implementados pelos Tribunais. Mencione-se, a título de exemplo, a importante conquista referente ao reconhecimento das uniões homoafetivas, perpetrada recentemente pelo STF.<sup>63</sup>

Verifica-se, diante do exposto, que é salutar o controle judicial de atos que violem o disposto na Constituição. No entanto, isso não significa a abertura para a supremacia judicial, que se mostra prejudicial ao sistema democrático. A discussão que se impõe, assim, é quanto à conciliação entre efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e a inclusão da sociedade no processo decisório.

Nesta esteira, propõem Robert Post e Reva Siegel o modelo de constitucionalismo democrático. Tal sistema, diferentemente do constitucionalismo popular, anteriormente explicado, não pretende retirar dos tribunais a função de interpretação da Constituição. Isso porque, de um lado, o constitucionalismo democrático reconhece o papel essencial do judiciário na implementação dos direitos constitucionais. De outro lado, recusando um foco essencialmente jurisdicional, o constitucionalismo democrático valoriza o papel essencial que o engajamento popular desempenha ao direcionar e legitimar as instituições e as práticas do controle judicial.<sup>64</sup>

Para que não seja configurada a supremacia do Poder Judiciário, impõe-se, portanto, a participação dos indivíduos nos processos de interpretação e

---

<sup>63</sup> A partir da decisão em conjunto do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132/2008 e na ADI 4.277/2009, as uniões homoafetivas passaram a vislumbrar a mesma tutela destinada aos casais heterossexuais. O STF consolidou o entendimento que já vinha sendo proferido por outros Tribunais. Tem-se que o STJ, na decisão do Recurso Especial 1.085.646, já havia reconhecido a união homoafetiva como entidade familiar.

<sup>64</sup> Observe-se o seguinte trecho: *"Democratic constitutionalism affirms the role of representative government and mobilized citizens in enforcing the Constitution at the same time as it affirms the role of courts in using professional legal reason to interpret the Constitution. Unlike popular constitutionalism, democratic constitutionalism does not seek to take the Constitution away from courts. Democratic constitutionalism recognizes the essential role of judicially enforced constitutional rights in the American polity. Unlike a juricentric focus on courts, democratic constitutionalism appreciates the essential role that public engagement plays in guiding and legitimating the institutions and practices of judicial review."* (POST, Robert, SIEGEL, Reva. *Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=990968](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968)>. Visualizado em 08/07/2014.

concretização da Constituição. Neste tocante, insta frisar o distanciamento da população brasileira quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal e a ausência de uma mentalidade eminentemente constitucional, que ocorrem pela mitigação dos canais de comunicação entre povo e instituições do Poder Judiciário.

Teoriza Habermas, a este respeito, que a *sociedade civil* deve ter a possibilidade de criar um canal de comunicação com o Poder Público, com vistas à busca pela realização de direitos dos cidadãos.<sup>65</sup>

Assim, para que haja a democratização do processo interpretativo e de aplicação constitucional, faz-se necessária a ampliação da comunidade de intérpretes, com a inclusão de cidadãos, de partidos políticos e de associações, sem que se retire a Constituição dos Tribunais, a fim de que sejam garantidos os direitos fundamentais e a tutela das minorias.

Instrumentos de participação popular nas instâncias decisórias – inclusive previstos na Constituição Federal, mas sem a devida efetivação – devem ser reafirmados. Neste ponto, passa-se à análise acerca da importância da participação popular no que atine à interpretação constitucional e ao fortalecimento democrático.

## **6. A inclusão da sociedade no processo interpretativo constitucional**

Pretende-se demonstrar, neste ponto, que a garantia democrática do processo interpretativo constitucional requer a efetiva participação popular nos espaços de debates.

Lembra José Afonso da Silva, com auxílio da lição de Emílio Crosa, que a realização plena da democracia, tendo o *“princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana”*, depende da participação direta, efetiva e constante do povo nas situações que envolvam a coisa pública.<sup>66</sup> Percebe-se que um governo legitimado por um pacto social necessita da participação de toda a sociedade na formação das decisões, em diferentes intensidades, legitimando, por meio da expressão e busca de concretização de seus direitos, a atuação da Administração.<sup>67</sup>

É necessário que por meio da resistência pelos direitos sociais e fundamentais e da apresentação das incongruências de um governo ilegítimo se garanta maior poder decisório ao povo, o que pode se dar a partir de medidas

---

<sup>65</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade II*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 91-93.

<sup>66</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.106/107 apud CROSA, Emílio. *Lo Stato Democratico*. Turim: UTET, 1946, p. 45.

<sup>67</sup> IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. 1ª Ed., 1ª Reimpressão, São Paulo: Centauro Editora, 2009, p. 19/33.

que concretizem uma democracia participativa, levando ao plano factível as medidas programáticas que delineiam um Estado de cunho social voltado a uma forma de desenvolvimento que lhe garanta a soberania.<sup>68</sup> A implementação de características da democracia participativa, de luta, resistência e fraternidade, e o intento de expurgar do nosso país as *mazelas do subdesenvolvimento* se inserem num contexto de reabilitação da soberania nacional, do sentimento de nação, povo e emancipação social e principalmente da legitimidade dos atos do Poder Judiciário.<sup>69</sup>

A maior participação popular na esfera pública ainda não se realiza perfeitamente sem a democratização geral das instituições do Estado, ou seja, não basta que se facilite o acesso no âmbito da criação de leis, é necessário que o objetivo geral das instituições seja a aproximação com os cidadãos, a transparência, a prestação de informações, a oitiva das necessidades, e, em determinados casos, o apelo ao Poder Judiciário.<sup>70</sup>

O pluralismo permite a ampla difusão de diferentes ideologias e a associação das pessoas, dentro da lei, tendo em vista legitimar o arcabouço ideológico por elas defendido, assim realizando a principal função democrática do princípio da fraternidade, que une os seres humanos não apenas em associações que valorizem seus interesses, mas principalmente em um contexto geral, tendo em vista a harmonização dos interesses para formar uma "unidade de fundamento da ordem jurídica", conduzindo à busca incessante e reiterada de conciliação.<sup>71</sup>

Interessante ponderar a teoria pela qual os interesses de grupos intra-estatais possuem certa parcela da soberania, que deve ser reconhecida pelo Estado.<sup>72</sup> Daí se compreende que a consubstanciação da soberania interna do Estado, ou seja, sua legitimidade perante os cidadãos depende da consideração, coordenação<sup>73</sup> e conciliação dos diversos interesses setoriais que se manifestam no interior do corpo social e que formam, em última instância, uma vontade que pode ser considerada geral<sup>74</sup>, já que advinda de processo maximamente democrático, processo este que é assim percebido pelos cidadãos. É com estes objetivos que o Estado deixa de ser instrumento de opressão nas mãos de

---

<sup>68</sup> Ibid., p. 31/34 e 37.

<sup>69</sup> Ibid., p. 34/35 e 38.

<sup>70</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 42/43.

<sup>71</sup> Ibid., p.130/131.

<sup>72</sup> FERREIRA, Luís Pinto. Teoria Geral do Estado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, 326/329. Menção às ideias de Marcel de la Bigne Villeneuve

<sup>73</sup> Ibid., 331. Na visão dos pluralistas ingleses o Estado deve apenas coordenar os grupos sociais.

<sup>74</sup> Ibid., 332. Menção às ideias de Harold Laski.

alguma oligarquia, passando a realizar uma democracia sobre as bases sólidas do solidarismo.<sup>75</sup>

Assim se vê que, sem que os indivíduos realizem a defesa de seus direitos, buscando não sofrer injustiças, o que é facilitado pelas associações, o cumprimento desses é dificultado, na medida em que a intenção clara e manifesta do interessado de defender um direito é muito melhor instrumento para fazer cumpri-lo do que a mera disposição legal. Nisto implica que a defesa de um direito individual se mostra como um dever para com a sociedade e também uma expressão da fraternidade na mesma.<sup>76</sup>

Neste ponto se vê a conciliação entre a o Poder Judiciário, em jurisdição constitucional, ao exercer seu papel de garantidor de direitos fundamentais, buscando arrimo na vontade exprimida por associações interessadas no tema posto em discussão, como se propõe neste artigo.

Percebe-se, assim, que a facilitação da defesa dos direitos individuais se dá pelas associações, com inserção do indivíduo num contexto de demandas similares as suas, gerando comprometimento e legitimação na realização dos direitos dos cidadãos naquele âmbito, de modo a atribuir eficácia aos direitos fundamentais.<sup>77</sup> A situação narrada se vê na manifestação da vontade de associações, inclusive aquelas com vontades conflitantes, perante o Poder Judiciário, exercendo conjuntamente a função de interpretação constitucional.

A formação e o incentivo às associações gera o sentimento de pertencimento a um objetivo, a um processo de desenvolvimento que é conquistado por meio da redução das desigualdades e pelo aumento da participação nas decisões, que faça o povo verdadeiramente sentir-se corresponsável pela atuação estatal e por seu projeto de desenvolvimento, conferindo-lhes legitimidade. Neste ímpeto, haverá a aproximação com um verdadeiro acordo social, com objetivos a serem perseguidos pela coletividade, num contexto de generosidade mútua e construção de vida digna a todos.<sup>78</sup>

A cooperação social e a realização de fins comuns pelos indivíduos de forma voluntária e eficiente é o elemento que se busca há muito tempo, estando a resposta já na doutrina que se trouxe a este estudo. Assim, o elemento humano, o único que possibilita a realização de qualquer teoria democrática ou constitucional, pode ser compreendido e estimulado à realização do desenvolvimento social e econômico, por meio da realização de sua própria dignidade como ser humano e da fraternidade com seus pares, na formação de

---

<sup>75</sup> Ibid., 334/335. Menção às ideias de Werner Sombart.

<sup>76</sup> IHERING, 2009, p. 61.

<sup>77</sup> Interação entre ideias de RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000; IHERING, 2009; e DINIZ, 1992

<sup>78</sup> MYRDAL, Gunnar. *Solidaridad o Desintegración*. Tradução para espanhol de Salvador Echevarría e Enrique González Pedrero. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 44/46.

associações e na legitimação do Estado pela participação social, inclusive ao se manifestar auxiliando a interpretação de previsões de direitos fundamentais.

Parte-se, aqui também do pressuposto estabelecido por Robert Dahl, de que o aperfeiçoamento da democracia depende da "(...) responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais."<sup>79</sup> Os cidadãos devem poder então formular e expressar suas preferências aos seus concidadãos e ao governo, de quem deverão receber atenção equitativa. Neste intuito, a Administração deve organizar as instituições para que, entre outros direitos, se propicie, no que concerne às associações civis de pessoas, a liberdade de formá-las e aderir a elas, além de instituições que façam com que as políticas de governo "(...) dependam de eleições e de outras manifestações de preferência".<sup>80</sup> Formar-se-ia a Poliarquia, aqui descrita como conceito que mais se aproxima de uma democracia plena, trazendo meios de inclusão para a participação e possibilitando a oposição dos cidadãos às decisões e lideranças políticas.<sup>81</sup> Ora, completamente inserida na teoria poliarquica de Dahl, a proposição aqui feita de participação social na interpretação constitucional pelos Tribunais Superiores.

É então proposta uma reforma da democracia como se tem atualmente, com o fim de implementar maior controle social das deliberações políticas e de sua execução, tornando-a mais responsiva<sup>82</sup> e procurando progredir em direção à soberania da vontade do povo, tendo a "[...] convicção normativa do valor da democracia como marco institucional para processar a mudança social".<sup>83</sup> Ressalva a doutrina, que o aprofundamento dos preceitos democráticos deve se dar de modo a não tomar a participação social geral e extremada como legítima de *per si*.<sup>84</sup>

A participação de associações independentes no cenário democrático atual, na forma da *cidadania inclusiva*, é necessária, desejável e inevitável.<sup>85</sup> Com esse ímpeto, e, dada a ressalva, a tendência de participação ativa da sociedade no sistema democrático vem para fundar os pilares da democracia, com base na transparência e prestação de contas do Estado, em existência simultânea e de realização recíproca com a participação, controle e deliberação da sociedade na

---

<sup>79</sup> DAHL, Robert A.. Poliarquia: Participação e Oposição. Tradução de Beatriz Sidou. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997, p. 25.

<sup>80</sup> DAHL, 1997, p. 26/27.

<sup>81</sup> Ibid., p. 29/31.

<sup>82</sup> LAVALLE, Adrián Gurza; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, Pluralização da Representação e Sociedade Civil. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, nº 67 – O Futuro da Representação, p. 49-95, 2006, p. 51/52.

<sup>83</sup> Ibid., p. 76.

<sup>84</sup> FERREIRA, 1975, p. 551/552.

<sup>85</sup> DAHL, Robert. Sobre a Democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 112/113.

esfera política.<sup>86</sup> Descreve, então, a partir da teoria de Edmund Burke, elemento essencial para as teorias que demandam a participação popular na administração, "(...) uma consciência psicológica, ou seja, um senso íntimo coletivo, distinto da consciência de cada indivíduo" que se forma nas comunidades."<sup>87</sup>

De grande importância, portanto, que concomitantemente com a garantia dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, haja a participação social da população, em especial pelas associações interessadas, no processo de interpretação constitucional, de modo a conferir legitimidade e democracia à interpretação.

Expõe Habermas, que a *sociedade civil* deve ter a possibilidade de criar um canal de comunicação com o Poder Público, conceituado com *esfera pública*, na qual os *atores*, pessoas da sociedade civil dotadas de legitimidade para atuar junto à Administração, buscam a realização de direitos dos cidadãos; nas palavras do autor, é na esfera pública que se deve "(em relação aos problemas) percebê-los e identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e *eficaz*, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar".<sup>88</sup> Se vê a participação de associações na administração do Estado, inclusive perante o Poder Judiciário, como uma tendência que faz parte da nova concepção da Administração Pública, sendo caracterizados como "instrumentos de administração autônoma gerencial".<sup>89</sup>

Os atores, como representantes de associações, e, portanto, de setores da sociedade, tem sua atuação legitimada, pois, em outras palavras, são uma continuação da associação, apenas expressando a vontade constituída em deliberação ativa dos membros da associação, de forma que a atuação do ator perante o Estado é vista como *auto-apresentação*, ou seja, é forma de participação direta.<sup>90</sup> No conceito de *representação virtual* de Edmund Burke é importante haver um *idem sentire*, consubstanciado pela maneira como os atores se comportam. Tendo tal compromisso e comunhão de valores, a representação dos interesses coletivos é expressa de maneira mais próxima de sua forma pura.<sup>91</sup>

A realização da democracia inclui por certo a inclusão das associações no âmbito de política deliberativa e da interpretação constitucional, que, em última instância, define o conteúdo normativo da lei.<sup>92</sup>

---

<sup>86</sup> LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 78.

<sup>87</sup> MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.77/78.

<sup>88</sup> HABERMAS, 2003, p. 91/93.

<sup>89</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.3/5.

<sup>90</sup> LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 80/81.

<sup>91</sup> Ibid., p. 88/89.

<sup>92</sup> HABERMAS, 2003, p. 104/105.

Há, inclusive, como tendência dos governos atuais, uma resposta às demandas de participação pública, com a busca de valorização da participação, inserindo a sociedade no âmbito de decisão e interação com a Administração, veiculando políticas como o orçamento participativo, os conselhos gestores com participação de atores da sociedade civil, além de propiciar a participação da sociedade por meio dos plebiscitos, *referendum* e iniciativa popular, com o intuito de possibilitar a participação na deliberação acerca das prioridades de atuação do Estado, da execução e controle de suas atividades<sup>93</sup>, bem como a recente criação do Decreto nº 8.243/2014, que Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS.

Esta teoria, que envolve a expressão de interesses heterogêneos e a valorização do pluralismo político, traz em si a questão de que tais interesses serão representados por diversos atores, que – em oposição aos representantes políticos, que visam representar sempre um interesse geral, amplo e vago demais para ser representado com exatidão – representam pequenos interesses excluídos, que passarão a ter representação em consonância com sua vontade, e que formam, como que no costurar de uma colcha de retalhos, a materialização do soberano interesse público.<sup>94</sup>

A proposição de participação social e aprofundamento democrático não pretendem se mostrar como solução infalível, porém se percebe que sua implementação pode auxiliar na inclusão de setores da sociedade, bem como no aperfeiçoamento da realização da vontade popular e na fiscalização da ação política<sup>95</sup>, também gerando aperfeiçoamento e legitimação da interpretação constitucional dada pelos Tribunais, promovendo a coesão social e auxílio recíproco na forma da cooperação social.

Pode se afirmar que a captação da voz das associações é tarefa da Administração Pública, que não se poderá legitimar sem que dê atenção aos diversos interesses setoriais. Com essa função o Poder Público, inclusive por meio do Poder Judiciário, deve perceber as diferenças na incidência de direitos em cada setor da sociedade, buscando promover a integração social, que se dá pela realização dos direitos fundamentais.<sup>96</sup>

O que se verifica é que a valorização dos meios de influência democrática e a realização de direitos fundamentais, com o fomento e a participação de associações na interpretação constitucional, que são de responsabilidade do

---

<sup>93</sup> HABERMAS, 2003, p. 81/85.

<sup>94</sup> LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 87. Cf. AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 41. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 382, explicando que embora, como dito antes, o Estado deva formar a vontade do povo a partir de interesses heterogêneos, até por ser a única sociedade em que o indivíduo necessariamente se inserirá, o Estado deve ter como fim um conceito de *bem público*, no sentido de que a soma dos interesses elegidos como legítimos deve resultar nesse conceito.

<sup>95</sup> LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 93/94.

<sup>96</sup> HABERMAS, 2003, p. 119/121

Poder Judiciário, principalmente quando diante de violação ou negativa de vigência a disposição constitucional, se dá em um ciclo virtuoso em que um elemento engrandece o outro.

## 7. Considerações finais

Consoante proposto neste trabalho, vivemos atualmente no Brasil o neoconstitucionalismo, haja vista a noção de supremacia da Constituição, a instauração de direitos fundamentais e a outorga de poder ao Judiciário para a concretização dos valores constitucionais. Neste sentido, a proposta do neoconstitucionalismo é a operacionalização do sistema jurídico de acordo com a ideia de expansão das garantias fundamentais.<sup>97</sup>

A realização das metas da Constituição requer, assim, uma *“hermêutica constitucional progressista”*, embasada pelo neoconstitucionalismo, a fim de que a Lei Maior seja entendida como projeto coletivo com vistas à efetivação dos direitos fundamentais.<sup>98</sup>

Diante disso, torna-se custoso aceitar doutrinas que impeçam ou limitem a participação do Poder Judiciário no que atine à interpretação e realização da Constituição, considerando sua inegável atuação proativa concernente à proteção dos direitos das minorias. No entanto, a realização do *judicial review* não poder dar origem à supremacia dos Tribunais.

Nesta esteira, faz-se necessário o incremento das formas de diálogo entre o povo e as Cortes, a fim de que os cidadãos – destinatários da proteção constitucional – tornem-se parte do processo interpretativo e decisório, o que pode ser feito, dentre outras formas, mediante a figura do *amicus curiae* e das audiências públicas. A participação popular no controle de constitucionalidade torna-se, assim, uma forma de conciliar democracia e constitucionalismo.

Diante das críticas à interpretação constitucional realizada pelas Cortes Superiores, no sentido de que estariam atuando em caráter legislativo, mas respondendo também aos anseios sociais por verem os direitos plasmados na Constituição de 1988 realizados, papel esse que cabe de fato especificamente ao Supremo Tribunal Federal, guardião de nossa Carta Magna, propõe-se a participação social no processo interpretativo constitucional, assim aproximando o Estado (Poder Judiciário) da sociedade e conferindo maior legitimidade a tais decisões, visto que proporcionada a manifestação das associações interessadas. Assim, se é certo que os Tribunais Superiores não podem se furtar a dar a devida interpretação ao texto constitucional e garantir aos cidadãos os direitos ali cristalizados, é solução viável a dar maior legitimação a tais decisões a consulta

---

<sup>97</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. *Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo*. IN: Revista Quaestio Iuris da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 66.

<sup>98</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. *Op. Cit.*, p. 66.



das entidades interessadas, obtendo uma manifestação formada no seio social e que reflete a vontade dos componentes de certa associação, assim dando cumprimento ao ordenamento jurídico e legitimando-se por meio da mais ampla consulta popular às entidades setoriais.

## Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo o povo soberano. Fundamentos de Direito Constitucional*. Tradutor: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 41. ed. São Paulo: Globo, 2001.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, *Jurisdição Constitucional entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, 2ª ed. rev., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPELLARI, Eduardo. *A crise da modernidade e a constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DAHL, Robert A.. *Poliarquia: Participação e Oposição*. Tradução de Beatriz Sidou. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

\_\_\_\_\_. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DONNELLY, Tom. *Making Popular Constitutionalism Work*. IN: Wisconsin Law Review, p. 159-194.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- FERREIRA, Luís Pinto. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre "The People Themselves", de Larry Kramer*. Artigo - Jura Gentium: Centro di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>>. Visualizado em 30/07/2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade II*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução de Mário de Méroe. São Paulo: Centauro Editora, 2009.
- KRAMER, Larry. *The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=938721](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=938721)>. Visualizado em 05/07/2014.
- LAVALLE, Adrián Gurza; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, Pluralização da Representação e Sociedade Civil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, nº 67 – O Futuro da Representação, p. 49-95, 2006.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: *Revista Quaestio Iuris* - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- MYRDAL, Gunnar. *Solidaridad o Desintegración*. Tradução para espanhol de Salvador Echevarría e Enrique González Pedrero. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1956.

POST, Robert, SIEGEL, Reva. *Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=990968](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968)>. Visualizado em 08/07/2014.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *Neoconstitucionalismo e democracia*. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/Publicacao\\_10400\\_em\\_17\\_06\\_2011\\_09\\_48\\_47.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/Publicacao_10400_em_17_06_2011_09_48_47.pdf)>. Visualizado em 26/07/2014>. Visualizado em 16/06/2014.

SEROTA, Michel. *Popular Constitutional Interpretation*. In: Connecticut Law Review. Vol. 44, Julho de 2012, nº 05.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

*Artigo recebido em 15 de outubro de 2014.*

*Artigo aprovado para publicação em 10 de dezembro de 2014.*

DOI: 10.11117/1982-4564.07.19