



ACESSO À JUSTIÇA ANTE AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONTEMPORÂNEO

Access to Justice before the control of contemporary constitutionality

Hamilton Cunha Iribure Júnior¹

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo central realizar uma análise crítica do controle difuso de constitucionalidade e o acesso à justiça numa perspectiva do pensamento de Jacques Derrida. Tal se justifica ante à substancialidade que tal acesso exerce em vias democráticas, que por vezes é violado, limitado ou simplesmente confundido com acesso à jurisdição. Ressalta-se o fato que o acesso à jurisdição costumeiramente se mistura com o acesso à justiça, e tal se mostra impactante quando se tem uma ordem constitucional democrática, tal qual posta no Brasil atual. Para que o objeto se construa ao longo dessa pesquisa, utiliza-se o método analítico documental. Para que se tenha uma análise concreta da questão do acesso à justiça, necessário se faz pautar o estudo avaliando de que modo o controle difuso de constitucionalidade faz com que se efetive o direito referente ao acesso à justiça. Impedir o acesso do indivíduo à justiça, tendo por base a questão do efeito *erga omnes*, é pauta central no pensamento de Jacques Derrida, o qual tece um viés crítico agudo ao vislumbrar que tal efeito, na realidade, se mostra como uma impossibilidade de análise pelo magistrado no caso concreto. É possível concluir, em linhas gerais, que o acesso à justiça não pode ficar engessado por óbices criados a partir da generalidade dos efeitos *erga omnes*, fazendo com que se torne necessária uma maior e mais específica atuação do Poder Judiciário para que o direito à jurisdicionalização seja efetivamente uma meta de direitos fundamentais.

Palavras-chave: constitucionalidade; controle; difuso; crítica.

ABSTRACT

The present study has the main objective of performing a critical analysis of the diffuse controle of the constitutionality and access to justice in a Jacques Derrida's perspective of thought. It is justified in front of the substantiality that this access exercises in democratic

¹ Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Docente da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

scenarios, which is often violated, limited or simply confused with access to jurisdiction. We highlight the fact that the access to jurisdiction is usually mixed up with access to justice, which shows itself significant when there is a constitutional democratic order, as in the Brazil's one nowadays. So that the object is constructed along this research the documental analytical method is used. So that a concrete analysis on the matter is obtained, it is necessary to rule the study evaluating how the diffuse control of constitutionality brings about the right regarding the access to justice. Obstructing the access of the individual to justice, based on the *erga omnes* effect, is a central spot in Jacques Derrida's thought, who spins a sharp critical slant when he ponders that such effect, actually, shows itself as an impossibility of analysis by the magistrate in the concrete case. It is possible to conclude, in general, that the access to justice cannot be plastered by obstacles created from the generality of the *erga omnes* effects, making necessary a higher and more specific performance from the Judiciary so that the right to jurisdictionalization be effectively a goal of fundamental rights.

Keywords: constitutionality; control; diffuse; criticism.

1. Introdução

O acesso à justiça constitui direito e garantia fundamental, conforme previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988, o qual consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça. A problemática aqui vislumbrada reside no fato de verificar se esse dispositivo constitucional pode ser invocado para garantir o acesso à justiça ou, ao contrário, se é hábil somente para garantir o acesso à jurisdição.

Além do mais, destaque-se, a jurisdição tal com seu enfoque constitucional, perfaz-se como instrumento efetivador de direitos fundamentais, dentre os quais o acesso à justiça, concretizando o exposto pela Constituição dirigente.

Neste prisma objetiva-se refletir sobre o controle de constitucionalidade exercido pela via difusa, relacionando-o com o pensamento derridariano. O ponto de partida da análise reside em verificar o acesso à justiça e à jurisdição no ordenamento pátrio e seus contornos constitucionais.

O marco teórico a ser utilizado na presente abordagem se arrima na concepção de justiça conforme o pensamento de Jacques Derrida. Por tal, pode-se verificar que é possível obter justiça, por via judicial, analisando-se cada caso em concreto. De acordo com Derrida, o magistrado não pode ser uma máquina de calcular, devendo, uma decisão, para ser considerada justa, passar pela prova do indecível.

Contudo, não se pode olvidar da importância da teoria que analise a justiça como equidade, à luz do pensamento de John Rawls, formulação esta que serve como norte para que se veja a alia as possibilidades de resultados. Em seguida, há análise do acesso à justiça com

destaque para o pensamento de Jacques Derrida. Por fim, há de se ressaltar o controle de constitucionalidade como garantidor da ordem constitucional, com enfoque específico no controle exercido de forma incidental.

2. Direitos fundamentais numa perspectiva democrática

À guisa de registro rasteiro acerca de um mínimo conteúdo que possa entender-se a democracia inerente a um sistema político garantista de direitos individuais, é adequado assegurar-lá como um núcleo essencial desse sistema.

A democracia é o núcleo de um sistema de Direitos Fundamentais. Seu esquema de Direitos Fundamentais é todo ele deduzido logicamente do princípio discursivo, institucionalizado sob a forma do princípio democrático. Desta forma, os Direitos Fundamentais podem ser agrupados da seguinte forma: (1) Direitos Fundamentais que resultam da configuração política autônoma de direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; esses direitos exigem como correlatos necessários; (2) Direitos Fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos Fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (4) Direitos Fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e por meio dos quais eles criam direito legítimo; (5) Direitos Fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos mencionados de (1) até (4) (HABERMAS, 2010, p. 345).

Dessa forma, relacionar a ordem constitucional com os ideais democráticos, é missão que passa por importante etapa referente à criação da norma jurídica. Esta, ao ser elaborada, deve contemplar um padrão mínimo de mecanismos que possam garantir a efetividade prática dos direitos fundamentais.

Estudando essa questão, Rawls chama a atenção para a tarefa legislativa em estabelecer tal padrão, sempre associado à ideia de democracia, ao asseverar que *“uma constituição desse tipo está em conformidade com a ideia tradicional de governo democrático, ao mesmo tempo em que abre um espaço para a instituição da revisão judicial”* (RAWLS, 2000, p. 277).

Confirmando o que se apõe nesse raciocínio, Ronald Dworkin expõe a profunda relação existente entre direitos mínimos fundamentais e comandos democráticos estabelecidos por meio de um Pacto Social, sendo que *“uma comunidade verdadeiramente democrática não apenas admite como pressupõe a salvaguarda de posições contra majoritárias (os Direitos*

Fundamentais), cuja força advém de princípios exigidos pela moralidade política” (DWORKIN, 1990, p. 324-326).

A aplicação de princípios constitucionais democráticos soa como uma separação entre o direito e a moral, tendo por base o positivismo jurídico, ou seja, parâmetros que expressam a norma de direito em sua inteireza de efeitos e eficácia, assegurando àqueles a sua efetividade na ordem social.

Daí a importância de que os membros de uma determinada coletividade venham a atuar crendo que são regidos por um sistema de princípios que são moralmente relevantes, efetivamente aceitos, e não por regras que sejam forjadas a partir de apenas um compromisso político dissociado dos valores democráticos.

Asseguram-se aos Direitos Fundamentais o núcleo de serem, essencialmente, direitos morais, reconhecidos no seio de uma comunidade política (comunidade de princípios) cujos integrantes são tratados com igual respeito e consideração. Desta forma assegura-se a aplicação de um importante viés democrático – isonomia – ao Estado de Direito, prisma irretocável de boa parte das sociedades modernas que adotam a forma republicana de seus Estados. Na esteira desse pensamento, pontuando pelo viés supramencionado e tendo o Estado Democrático como o vértice do pensamento, tem-se que

esta igualdade, que pressupõe os indivíduos como agentes morais independentes, exige que Direitos Fundamentais lhes sejam atribuídos para que tenham a oportunidade de influenciar a vida política, realizar os seus projetos pessoais e assumir as responsabilidades pelas decisões que sua autonomia lhes assegura (CITTADINO, 1990, p. 156).

O posicionamento aqui defendido infere que uma democracia apenas pode ser verdadeiramente considerada como uma premissa governamental, caso os cidadãos forem tratados de forma equânime, com igual respeito e consideração, logicamente, sendo-lhes assegurada a desigualação, admitida como uma forma de manter o equilíbrio e a justiça na aplicação da norma jurídica.

Os direitos fundamentais, portanto, podem ser entendidos como “*condições democráticas*”, reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo. Os direitos fundamentais tornam-se, antes, uma exigência mínima democrática, para, somente se necessário e a posterior, servirem de balizas limitadoras de outros direitos.

Referindo-se aos contornos do denominado ideal democrático do governo, exercido em nome do povo, ensina Gustavo Binenbojm ensina que tal preceito seja atingido quando o princípio majoritário seja respeitado, de forma que, “*nada obstante, o princípio majoritário*

não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos e igualmente respeitados como agentes morais independentes” (BINENBOJIM, 2008, p. 55).

3. Acesso à Justiça (jurisdição) na ordem constitucional

Com o advento da Constituição de 1988, o Brasil ganhou fortes contornos de democracia, tendo a Carta Constitucional elevado o Estado brasileiro a patamar de Estado Democrático de Direito. Este diploma constitucional é de relevância histórica. Em período pré-constitucional, o Brasil estava à penumbra da ditadura.

A promulgação da Constituição em 1988 representou para o Estado brasileiro o que iluminismo representou no século XVIII: A iluminação de um período de trevas e mudança de um regime escuro outrora autoritário, para a clareza da democracia. Um marco histórico pela busca à plenitude democrática.

O regime ditatorial (trevas) que perdurou no Brasil entre 1964 e 1985, se caracterizava pela violação a direitos e garantias fundamentais, reinando o absolutismo militar. A luz veio com a promulgação da Carta Constitucional consolidando direitos como liberdade e igualdade petrificando-os à Ordem democrática. Direitos fundamentais que ao lado da fraternidade representou o ideal iluminista.

Na seara ditatorial, dentre as atrocidades democráticas cometidas por aqueles governos militares, destaca-se o Ato institucional número 5 (AI5), de dezembro de 1968. Do preâmbulo deste AI5 cite-se:

CONSIDERANDO que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, "os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria"

Em meio à falsa sensação de privilegiar a ordem democrática, passada pela rápida e rasa leitura deste preambulo, foi editado o AI5, que dentre outros determinava a suspensão de direitos políticos, permitia a intervenção da União aos estados e municípios sem observância de preceitos da Constituição da época.

Este Ato institucional, editado no governo do general Costa e Silva, previa ainda, a suspensão de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (artigo 10 AI5/1968).

Enfim, tal Ato institucional foi o legítimo retrato de um autoritarismo sombrio ao qual o Brasil foi submetido em períodos pré-Constituição de 1988. Tangencialmente ao tema aqui proposto insta abordar o artigo 11 deste AI 5, que assim dizia: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

A simples leitura deste preceito arrepia hodiernamente. À época, direitos eram escancaradamente lesados sendo que o cidadão não tinha a quem socorrer, uma vez que as portas do judiciário foram definitivamente lacradas em face de atos de acordo com o AI 5, atos complementares e seus efeitos.

A proibição de acesso à justiça, ou ao Poder Judiciário foi confirmada por meio da Emenda Constitucional de 1969, segundo a qual, em seu artigo 181, estabelecia:

Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I - os atos do *Govêrno* Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de *agôsto* de 1969;

II - as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das *Assembléias* Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e

III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I. (no original)

O Artigo 182 expressamente manteve em vigor o Ato Institucional 5. Deste modo, a proibição de acesso de acesso à justiça foi constitucionalizada durante o regime ditatorial.

Para superar definitivamente as décadas sombrias outrora vividas, a Constituição de 1988, inaugurou para o Brasil a “década das luzes”, representando um marco histórico, valorizando o Estado Constitucional Democrático.

Acerca do Estado constitucional democrático, tem-se que este:

(...) é “mais” do que o Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para travar o poder (*tocheckthepower*); foi em também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*tolegitimizeStatepower*). Se quisermos

um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado “impolítico” do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual “todo o poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático. Alguns autores avançam mesmo a ideia de democracia como valor (e não apenas como processo), irrevizivelmente estruturante de uma ordem constitucional democrática (CANOTILHO, 2003, p. 100).

Caminhando paritariamente com a liberdade e igualdade está a garantia de acesso à justiça. De nada adiantaria ser livre e igual na Constituição se não houver justiça efetiva, sendo justo o alcance dos demais direitos constitucionalmente previstos.

Com o escopo de assegurar direitos e garantias, a Constituição trouxe em seu texto que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, vislumbrando deste modo o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrando o direito de ação.

Paralelamente entende-se que tal previsão constitucional viabilizou o acesso à justiça. Tangencialmente ao acesso à justiça, abordar-se-á posteriormente sob um enfoque desconstrutivista proposto por Jacques Derrida.

Nos moldes da Constituição da República de 1988, aquele que tiver um direito lesado ou mesmo ameaçado poderá submeter à análise do Poder Judiciário, exercendo este poder importante função à concretização de direitos vislumbrando o acesso à justiça.

Em que pese os direitos e garantias fundamentais terem aplicabilidade imediata, nos extamos termos do artigo 5º, §1º, da Constituição da República de 1988, eles não são autoaplicáveis por conter previsão constitucional, tornando-se necessário a atuação jurisdicional visando a plena eficácia.

A Carta Política brasileira de 1988 é dirigente, direcionando metas e diretrizes acerca dos direitos no eu corpo insculpidos. Assim:

(...) as constituições dirigentes, não se bastam com dispor sobre o estatuto do poder. Elas também traçam metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico. (...) Essa disjunção de modelos de Constituição para efeitos taxinômicos não deve levar o observador a perder de vista que todas as constituições fazem opções ideológicas sobre o papel do Estado nos planos social e econômico. Até quando não o expressam, assumem, nesse silêncio mesmo, uma opção política, vinculada a uma dada ideia sobre o que deve incumbir aos poderes públicos. De toda sorte, associa-se a constituição-garantia a uma concepção liberal da política, enquanto que a constituição programática remete-se ao ideário do Estado social de direito. A Constituição brasileira de 1988 tem clara propensão dirigente. (MENDES, 2012, p. 96-97)

Isso se nota através da ideia de que os direitos fundamentais com previsão constitucional e sem aplicabilidade prática são normas meramente programáticas. Nesse sentido, há que se perceber que:

Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz, de, só por si, operar transformações emancipatórias (...) portanto, quando se coloca essas questões da “morte da constituição dirigente”, o importante é averiguar por que é se ataca o dirigismo constitucional. Uma coisa é dizer que estes princípios não valem e outra é dizer que, afinal de contas, a Constituição já não serve para nada, já não limita nada. (CANOTILHO, *apud* COUTINHO, 2003, apresentação).

Isso gerou um acirrado debate sobre a eficácia ou não da expressão “constituição dirigente”, tendo-se concluído, em linhas gerais, pela sobrevida do dirigismo constitucional.

É através da jurisdição que se busca a efetividade de direitos previstos em sede constitucional. Não fosse a jurisdição constitucional e o direito de ação, consagrado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, a Constituição dirigente certamente estaria morta ou no mínimo em estado vegetativo. “A jurisdição constitucional serve primordialmente para a preservação da constituição” (ABBOUD, 2011, p. 101).

Assim, o acesso à jurisdição se trata de importante instrumento à disposição do cidadão para efetivação de direitos constitucionalmente assegurados que são lesados e ameaçados. A eficácia de direitos fundamentais torna o objetivo de um Estado Democrático.

Neste sentido, “a jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de Direito Democrático” (STRECK, 2014, p.115). Importante ainda que os direitos e garantias fundamentais não estão à mercê de normas que os regulamentem.

Assim, ausência de norma que regulamente o exercício de direitos e liberdades, tornando-os inviáveis, não justifica a não aplicabilidade. Neste caso, a Constituição assevera que cabe mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (artigo 5º, LXXI).

Ademais, nesta esteira, como desdobramento à inafastabilidade de jurisdição, o Código de Processo Civil de 1973 (artigo 126) e o Novo CPC de 2015 (art. 140) asseguram que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. Deste modo:

como o direito fundamental de ação incide sobre o Estado e, portanto, sobre o legislador e o juiz, é evidente que a omissão do legislador não significa omissão do Juiz. Se tal direito fundamental, para ser realizado, exige que o juiz esteja munido de poder suficiente para a tutela dos direitos, a ausência de regra processual instituidora de instrumento processual idôneo para tanto constitui evidente obstáculo à atuação da jurisdição e ao direito fundamental de ação. Assim, para que a jurisdição possa exercer a sua missão – que é tutelar direitos – e para que o cidadão realmente possa ter garantido o seu direito fundamental de ação, não há outra alternativa a não ser admitir ao juiz a supressão da omissão inconstitucional ou da insuficiência de proteção normativa ao direito fundamental de ação (MARINONI, 2014, p. 362).

Assim, falta de lei, lacuna ou obscuridade desta não têm o condão de criar óbice ao acesso à justiça ou jurisdição. Importante ressaltar que num Estado Democrático, necessário a defesa da Constituição e dos direitos nela previstos, o que se dá através da jurisdição constitucional. A se confirmar, tem-se, ainda, que:

A jurisdição constitucional emergiu historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, não da constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos. Essa é uma questão fundamental, que se coloca em resposta aos tipos de ataques que a Constituição pode sofrer, surgindo disso, dois sistemas: o norte Americano e o Europeu. O norte-americano gerou um sistema, fundado no critério difuso, de natureza técnico-jurídica, a ponto de afirmar-se que não se caracteriza verdadeiramente como uma forma uma forma de jurisdição constitucional, não tanto por ter sido entregue o controle de constitucionalidade à jurisdição ordinária, mas pelo fato de que a jurisdição ordinária não aprecia a Constituição em função de seus valores políticos, não se configurando como guardião dos valores constitucionais, por ter como objetivo principal a decisão do caso concreto. Entendemos que também aí existe jurisdição constitucional, tomada a expressão no sentido de modo a compor os litígios constitucionais. Apenas não se realiza com plenitude a função de guarda dos valores constitucionais, dada a preferência pela decisão do caso concreto. O sistema europeu desenvolveu-se como resposta aos ataques político e ideológico da Constituição. O sistema de defesa não poderia ser senão de natureza política e ideológica. A evolução chegou à evolução das Cortes Constitucionais, a partir de 1920, como os únicos tribunais competentes para solucionar conflitos constitucionais, fundado no critério de controle concentrado (SILVA, 2015, p. 563-564).

Uma vez que direitos e garantias fundamentais não podem sofrer óbice em virtude de inércia legislativa, caso o legislador constituinte originário ou o legislador ordinário forem omissos no que tange à garantia efetiva de direitos fundamentais, mister socorrer ao judiciário que exerce função ímpar na harmonia dos poderes.

Assim, destaca-se, além do já abordado mandando de injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), na qual a violação à Carta Política se dá por um desrespeito por um ato comissivo, quando se deixa de cumprir o ordenamento constitucional.

Ainda em sede Constitucional, a Carta Magna crava que o Supremo Tribunal Federal é guardião da Constituição, competindo a esta alta Casa de Justiça, pois, função de sentinela, onde as armas e os escudos são a democracia e garantia do Estado Democrático.

Nesta esteira, importante abordar acerca da tripartição dos poderes ou princípio da separação dos poderes. Estabelece a Constituição no artigo segundo que os três poderes – Legislativo, Judiciário e Executivo – são independentes e harmônicos entre si, consagrando expressamente como princípio constitucional a separação dos poderes.

Tal princípio, conforme já indica a letra da constituição, estabelece a independência dos poderes. No entanto, entre estes poderes há harmonia, onde entre suas funções típicas, existem funções atípicas a fim de limitar a atuação dos poderes com o intuito de evitar abusos. Destarte:

a jurisdição constitucional possui como primeira grande tarefa instrumentalizar a função primordial do próprio constitucionalismo, qual seja, coibir os excessos do poder público. Nas palavras de Peter Häberle, a função da jurisdição constitucional consiste na limitação, racionalização, e controle do poder estatal e social, na proteção das minorias e os débeis e na reparação dos novos perigos para a dignidade humana. Konrad Hesse enaltece que a jurisdição constitucional em última sede assegura a preservação do direito bem como possibilita o controle judicial amplo do Poder Executivo, em concreto a atividade da Administração Pública. É principalmente, por meio da jurisdição constitucional que o Poder Judicial insere-se, hoje, no equilíbrio dos poderes. A tarefa da jurisdição constitucional é decidir com autoridade, os casos de violação ao texto constitucional. Essa atividade inclui tanto o controle dos poderes estatais como tarefa da concretização e evolução do direito constitucional. Imperioso ressaltar que essa tarefa, principalmente no Brasil, não se restringe apenas à jurisdição constitucional (ABBOUD, 2001, p. 101).

Concretizou-se o princípio dos freios e contrapesos ou *check and balances*, onde um poder tem por finalidade precípua cumprir sua função típica, além de fiscalizar ou “frear” abusos de outros poderes. Importante mencionar Montesquieu quando diz que: “Todo homem investido de poder é tentado a abusar dele”, vislumbrando o sistema de freios e contrapesos, meio para evitar abusos.

A partir desse entendimento, ressalta-se que tal sistema:

nasce contra o poderio absoluto, incontido, em combate ao arbítrio, em favor do controle, da limitação do poder, em salvaguarda da liberdade, técnica além da racionalidade estatal (...) a divisão e harmonia dos poderes é princípio conservador dos direitos do cidadão e o mais seguro meio fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece (STRECK; OLIVEIRA, 2013, 142-144).

Deste modo, a título sintético e exemplificativo, cabe ao legislativo, como função típica, criar leis, e como função atípica julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade.

Assim, em perfeita consonância com a harmonia dos poderes, cabe ao judiciário julgar. Exercendo tal função típica, pode o Judiciário controlar excessos ou omissões por parte do

legislativo, como no caso de valorizar e efetivar direitos fundamentais, priorizando o acesso à justiça ou à jurisdição.

Sem dúvidas, o consagrado no artigo 5º, XXXV da Constituição é de relevância inquestionável para a democracia brasileira. Agora, mister abordarmos se tal dispositivo constitucional, além do acesso à jurisdição, garante também o acesso à justiça.

4. Justiça e equidade

Para abordar um completo conceito de justiça, e ousar classificar algo ou uma conduta como justa, mister analisar a teoria de justiça e equidade conforme proposto por Rawls.

É certo que perante o Estado democrático nas dimensões contemporâneas, resta impossível analisar justiça ante uma desigualdade. As presenças de igualdade e liberdade são os primeiros requisitos para iniciar um debate conceitual acerca de justiça. Estando, no entanto, presentes liberdade e igualdade, não emerge automaticamente a justiça.

A igualdade é base para a teoria da justiça, assim, Rawls, ao contrário da teoria utilitarista, defende que o justo e o bom são complementares, sendo correto estabelecer a prioridade do justo em relação ao bem. A independência do justo e bem não corresponde a ideal concepção de justiça. Neste passo, a teoria de Rawls se destaca pela deontologia.

Deste modo, ressalte-se:

A teoria da justiça como equidade é concebida como uma concepção política da justiça válida para uma democracia, ela deve tentar apoiar-se apenas nas ideias intuitivas que estão na base das instituições políticas de um regime democrático constitucional e nas tradições públicas que regem a sua interpretação. Trata-se de uma concepção política em parte porque ela provém de uma certa tradição política. Esperamos que ela possa encontrar pelo menos o que podemos chamar de um consenso por justaposição, ou seja, um consenso que inclua todas as doutrinas filosóficas e religiosas contrapostas, que podem ser duradouras e encontrar adeptos numa sociedade democrática constitucional mais ou menos justa (RAWLS 2000, p. 205).

Deste modo, a justiça não pode ser tida somente como espelho, que reflete uma imagem de acordo com o que lhe demonstrado, como se fosse um quadro demonstrativo ou uma fórmula algébrica que fornece um resultado para cada problemática social.

A concepção de justiça “não deve ser considerada um método de responder às perguntas dos juristas, mas sim de um quadro de referência que, se os juristas se acharem convincente, pode orientar suas reflexões, completar seu conhecimento e auxiliar seu julgamento” (RAWLS, 2000, P. 427). Assim:

O papel da justiça é especificar os direitos e deveres básicos dos cidadãos e determinar as partes distributivas apropriadas, sendo a justiça a virtude mais importante das instituições sociais, significando que cada pessoa possui uma inviolabilidade normativa fundada na justiça. O objetivo primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, isto é, a forma pela qual as instituições sociais (constituições e acordos) distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens vindas da cooperação social. O conceito de justiça, então, se define pela atuação de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada de vantagens sociais, não constituindo conflito com a noção tradicional de justiça (SILVEIRA, 2007, 174).

A atuação jurisdicional, conforme proposto, tem por objeto assegurar a justiça, sendo que esta visa satisfazer aos anseios sociais. A justiça, assegura direitos sociais, garantindo a sociedade bem ordenada e resguardando a democracia, a sociedade bem ordenada atende aos anseios de justiça, pois, “constituye un sistema que hace posible la cooperación justa entre ciudadanos iguales y libres de una comunidad jurídica” (HABERMAS, 2010, p. 121).

O parâmetro de sociedade bem ordenada e com unanimidade de pensamento, fortalece a concepção democrática e conduz à cooperação social, que nos remete, ainda que de forma rasa, à igualdade, ponto de partida de teoria da justiça que:

(...) desempenha seu papel social desde que pessoas igualmente conscienciosas e partilhando de crenças aproximadamente iguais concluam que, ao endossar o quadro de referência para a deliberação que essa concepção estabelece, são normalmente levadas à aquele grau de convergência de julgamento que é necessário para se chegar à cooperação social efetiva e equitativa. (RAWLS, 2000, p. 427).

Compartilha-se a visão social como justa e equânime, entendendo que parte a concepção de justiça surge:

(...) de um consenso original e estabelece princípios para a estrutura básica da sociedade. Em uma posição original de igualdade, pessoas livres e racionais que têm a função de regular todos os acordos, bem como as formas de governo e os tipos de cooperação social é a maneira de interpretar os princípios da justiça que é identificada com a justiça como equidade. (SILVEIRA, 2007 p. 175)

Em louvor à democracia, na qual o poder emana do povo, sendo o governo exercido em nome deste, a justiça deve compartilhar de caráter democrático, atendendo aos anseios populares. Assim, a decisão que iguala a sociedade, deixando-a equânime concretiza a justiça.

5. Acesso à justiça

Em que pese, o acesso à jurisdição na concepção constitucional estar intimamente ligada ao acesso à justiça, o direito à ação, consagrado no artigo 5º, XXXV, por se só não assegura o acesso à justiça.

A primeiro soar, o acesso à justiça e o acesso à jurisdição se assemelham, no entanto, o acesso a esta não garante a efetividade daquela. Justiça não é e não deve ser taxada como a edificação sede do judiciário, ter uma pretensão analisada pelo Poder judiciário, não significa que justiça foi feita.

A justiça é a experiência do impossível, experiência daquilo que não se pode experimentar. A justiça não é necessariamente o direito ou a lei, o direito é o cálculo, enquanto a justiça é incalculável, o que fundamenta o caráter desconstrutivista, conforme proposto por Derrida.

Assim a justiça é uma experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça” (DERRIDA, 2010 p. 30).

Deste modo, na concepção de Derrida, o direito - a lei - seria o cálculo, uma ciência exata que está vinculada à frieza das palavras, ao passo que a justiça é incalculável só sendo atingida analisada caso por caso sob um enfoque moral, ético e de realidade do mundo, sendo, pois a justiça inatingível em abstrato.

A jurisdição constitui meio para efetivar a justiça. Para Jacques Derrida, só é possível atingir a justiça se cada caso for analisado individualmente, tendo, pois, singularidade a decisão. Uma decisão somente será justa se passar pela prova do indecidível, uma vez que de acordo com Derrida, o Juiz não pode ser uma máquina de calcular ou mero repetidor de leis.

Na concepção Derridariana, a qual destaca-se nesta pesquisa, o juiz, como promitente pacificador social, deve mergulhar nas especificidades de caso, sentir o problema proposto *in concreto*, para propor a solução, enfrentando necessariamente a prova do indecidível. A subsunção fato-norma feita em abstrato foge à concepção de justiça num prima Derridariano.

Assim, destaca-se a primeira aporia de Derrida, a *epokhé* da regra: “se o ato consiste simplesmente em aplicar uma regra, desenvolver um programa ou efetuar um cálculo, ele será talvez legal, conforme ao direito, mas não podemos dizer que a decisão foi justa. Simplesmente, porque não houve, neste caso, decisão” (DERRIDA, 2010, p. 43).

Neste realce, “um governante legítimo não garante um justo. A legitimidade é uma ideia mais fraca que a ideia de justiça, pois se pergunta pelo procedimento e não pelo resultado” (SILVEIRA, ob. cit. p. 183).

A justiça depende da cooperação social e sociedade bem ordenada, portanto, não é o procedimento ou formalismo que garante a justiça. Assim, a formalidade da lei não assegura por si só o justo.

A frieza da lei congela a concepção de justiça. A lei tem força. O respeito às leis não conduz a justiça. Derrida trata aqui do fundamento místico da autoridade das leis, segundo ele, se obedece às leis não porque elas são justas, mas porque são leis. A lei é o cálculo, enquanto a justiça é incalculável.

No fundamento místico da autoridade é necessário seguir aquilo que é mais forte. No entanto, com o intuito de obter justiça, Derrida propõe a desconstrução dessa força autoritária do direito calculável. O direito é essencialmente desconstrutível. Desconstruir este misticismo autoritário da lei e construir uma decisão pautada na análise do caso concreto, onde se verifica o sentimento do indecidível é concretizar a justiça.

Neste sentido, “a desconstrução é louca por essa justiça. Louca por esse desejo de justiça, que não é o direito, é o próprio movimento da desconstrução agindo no direito e na história do direito, na história política” (DERRIDA, 2010, p. 49).

Assim, louvável frisar que a desconstrução é forma de alcançar a justiça. Uma decisão que desconstrói a repetição do cálculo e passa pela análise do indecidível e da experiência do impossível, tende a ser uma decisão justa. Destarte, importante destacar que indecidível:

(...) é a experiência daquilo que, estranho, heterogêneo à ordem do calculável e da regra, deve entretanto – é dever que é preciso falar – entregar-se à decisão do impossível, levando em conta o direito e a regra. Uma decisão que não enfrentasse a prova do indecidível não seria uma decisão livre, seria apenas a aplicação programável ou o desenvolvimento contínuo de um processo calculável. Ela seria, talvez, legal, mas não seria justa. Mas, no momento de suspense do indecidível, ela também não é justa, pois, somente uma decisão é justa (DERRIDA, 2010, p. 47)

O caráter singular na concepção de Derrida está presente na teoria pura do direito onde se verifica que: “a descoberta do direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto” (KELSEN, 1998, p. 166).

Neste caso, decidir que a todos os casos há de se aplicar a mesma questão, generalizando-a, apresenta-se contrária à ideia de justiça, seria, no entanto, necessário: “individualizar a norma geral por ele aplicada, o tribunal tem de verificar se, no caso se lhe apresenta, existem *in concreto* os pressupostos de uma consequência do ilícito determinados *in abstracto* por uma norma geral” (KELSEN, 1998, p. 166).

A justiça deve viabilizar direitos e garantias fundamentais, pois, direitos previstos e não efetivados afrontam a sensação de justiça, que depende de uma sociedade bem ordenada com opinião compartilhada por todos.

A justiça não está restrita a leis positivadas, todos os problemas sociais, não estão limitados ao que se encontra escrito. Justiça depende de concepção de si e do mundo que seja compreensões éticas, religiosas, morais e da sociedade, prevendo autonomia do direito. Assim, a teoria da justiça:

(...) tiene que limitarse, por tanto, al estrecho círculo de aquellas cuestiones politico-morales básicas, en las que razonablemente cabe esperar um overlapping *consensus* y y esas cuestiones son precisamente aquellas que afectan a valores naturales en lo que si refiere a concepción del mundo y aceptables por todos. Se buscan principios o normas que encarnen intereses susceptibles de universalización.

(...) El derecho natural racional había partido de la diferencia entre moral y derecho y había tenido en cuenta la tensión entre facticidad y validez, que el derecho positivo mismo lleva um su seno. En este sentido, el derecho natural racional, tenía de por si uma actitud más realista que uma teoría de la justicia articulada em términos morales (HABERMAS, 2010, p. 125-130).

A justiça, deste modo, não está na frieza da lei e sim nas questões práticas e do mundo, que atendam às necessidades da sociedade, deixando-a bem ordenada e justa. Assim “uma dada sociedade é justa se sua vida substantiva for vida de certa maneira – isto é, de maneira fiel às opiniões compartilhadas por seus membros” (WALZER *apud* DWORKIN, 2005,p. 323)

Assim sendo, aplicar o que está friamente codificado, automatizando seus efeitos, de modo geral, afasta a concepção de justiça, que é atingida valorizando a prova e vivenciando com o clamor dos problemas sociais, mantendo contato íntimo com o caso concreto.

6. Controle difuso de constitucionalidade e acesso à justiça

Quanto a almejada justiça, importante aborda-la face a uma lei ou ato contrário à ordem constitucional. Diante de uma inconstitucionalidade, impossível atingir a plenitude da justiça, posto ferir a ordem democrática.

A Constituição da República de 1988, Carta garantidora de uma série de direitos representa marco fundamental para a democracia pátria. Deste modo, mister assegurar a supremacia da base constitucional no ordenamento jurídico pátrio. Afinal, assegurar a Constituição é concretizar o Estado Democrático.

Importante, pois, ressaltar:

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz, apenas com atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação das normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional (SILVA, 2015,p. 48).

A fim de assegurar a supremacia da Constituição, há no ordenamento pátrio o controle de constitucionalidade, que pode ser exercido de forma preventiva, o controle político, no qual as Comissões de Constituição e Justiça das casas legislativas exercem o controle a fim de evitar que norma inconstitucional entre em vigor.

Há ainda, o controle judicial, tema do presente trabalho, onde o controle é exercido repressivamente para excluir ou amenizar os efeitos de lei ou ato normativo que já foi publicado e esteja em vigor.

Controlar a Constituição da República e manter sua supremacia, objetiva-se eliminar do ordenamento jurídico lei e atos normativos viciados, retirando-lhe, pois, força normativa e poder vinculante.

Destarte, os atos inconstitucionais: “não podem deixar de ser considerados juridicamente inexistentes, não se concebendo qualquer comparação com a anulabilidade do negócio jurídico, tão abissal é a diferença de gravidade” (MIRANDA 2002, p. 520)

O que torna a lei ou ato normativo inconstitucional não é a declaração da Excelsa Corte, e sim a existência do vício que torna o ato incompatível com a constituição. Assim, se a lei ou ato normativo está viciado, assim o é desde o seu nascimento, inconstitucional estará desde então, sendo, portanto, nula de pleno direito, pois, “a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica”. (MENDES, 2004, p. 273).

Acerca de ato declarado inconstitucional, sua e validade e seus efeitos, ressalta-se que:

(...) o efeito típico é o da nulidade e não da simples anulabilidade: a lei desaplicada por inconstitucional é nula porque desde a sua entrada em vigor é contrária à constituição, motivo pelo qual a eficácia invalidante se deveria tornar extensiva a todos os actos praticados à sombra da lei constitucional – daí seu efeito ex tunc. (CANOTILHO, p. 2003, 904).

Para manter a Magna Carta no seu patamar de soberania legislativa, mister a observância das vias de controle de constitucionalidade, visando eliminar do ordenamento jurídico pátrio leis e atos normativos constitucionalmente viciados, uma vez que uma lei inconstitucional representa uma afronta à Carta garantidora da democracia.

Por meio das ações do controle de constitucionalidade, seja pela via difusa ou concentrada, objetiva-se sempre a supremacia da Constituição em face de leis e atos normativos infraconstitucionais. Através do controle pode-se arguir a constitucionalidade ou não de determinado ato, garantindo a própria ordem democrática.

O controle pode ser exercido por via difusa ou concentrada. O controle pela via concentrada se caracteriza por ações certas, legitimados específicos, sendo a casa julgadora apenas a Suprema Corte.

No controle concentrado, assim chamado, pois, “a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com exclusão de quaisquer outros” (CANOTILHO, 2003, p. 898), as decisões proferidas pela Suprema Corte possuem efeitos que transcendam os interesses das partes diretamente envolvidas na lide.

São ações do controle concentrado de constitucionalidade a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

Nas ações do controle concentrado, a Suprema Corte confere efeitos *erga omnes*, às suas decisões, com certo poder vinculante. Os legitimados à propositura de tais ações estão previstos no artigo 103 da Constituição Federal, sendo rol taxativo.

Noutro plano, o controle de constitucionalidade pode ser exercido pela via difusa. O objetivo, proteger a Constituição garantindo sua supremacia, é o mesmo, no entanto, o controle incidental apresenta amplitude em relação ao controle concentrado.

Pela via difusa, qualquer pessoa, exercendo seu direito de ação, pode pleitear perante qualquer juízo uma ação na qual se discutirá a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Deste modo, tem-se amplitude da casa julgadora e de legitimados.

Assim, no controle pela via difusa:

a inconstitucionalidade do acto normativo só pode ser invocada no decurso de uma ação submetida à apreciação dos tribunais. A questão da inconstitucionalidade é levantada, por *via de incidente*, por ocasião e no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo ou outro), e é discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso concreto. Este controlo chama-se controlo por *via de excepção*, porque “a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da acção, mas apenas como subsídio da justificação do direito, cuja reivindicação se discute (CANOTILHO, 2003, p. 899).

Assim, a título exemplificativo, em um mandado de segurança ou ação declaratória de inexistência de débitos tributários, pode haver uma declaração de inconstitucionalidade uma vez analisado o caso concreto, pela via incidental.

A via difusa de controle de constitucionalidade proporciona ao cidadão ver seu direito de supremacia da Constituição plenamente assegurado, sendo o próprio cidadão o legitimado, uma vez que o poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes.

Destarte, em sendo o povo titular do poder democrático, a ele também deve competir controlar o excesso do exercício do poder por ele mesmo outorgado. Restringir o direito ao controle da Constituição a apenas aos legitimados específicos do controle concentrado, tal como o Presidente da República, seria uma relevante afronta à soberania popular, com perigosos flertes com o autoritarismo.

Rousseau chama de lei a matéria sobre a qual se estatui é geral como a vontade que estatui. Em sendo a vontade geral fator instituidor de uma lei, a vontade geral, pertencente ao povo deve ser determinante para pleitear sua inconstitucionalidade.

Se o poder emana do povo, a ele também compete controlá-lo. Assim, o controle difuso de constitucionalidade é importante ferramenta democrática. Do mesmo modo, o direito de ação para controlar a Constituição deve ser amplo, valorizando o princípio da soberania popular, que consiste:

em essencialmente no poder constituinte do povo. Os poderes criados pela constituição são poderes múltiplos e divididos, mas todos, sem distinção, são uma emanção da vontade geral, todos vêm do povo, isto é, da Nação. E se o povo delega certas partes de seu poder às diversas autoridades constituinte, ele conserva no entanto, o poder constituinte (CANOTILHO, 1993, p. 94).

Deste modo, com pluralidade de legitimados e casas julgadoras, por meio do controle incidental, o direito de ação relativo à constitucionalidade fica mais acessível ao cidadão, titular do poder.

O Controle de exercido pela via difusa, também chamado de controle concreto, uma vez que ao julgar a constitucionalidade, é analisado o caso *in concreto* de cada legitimado, em cada órgão julgador. Assim, atinge-se a justiça, pois:

Para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que, em seu momento próprio, se houver um, ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, re-justificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre do seu princípio. Cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir (DERRIDA, 2010, p. 44)

Cabe ressaltar ainda que as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade possuem efeitos *inter partes*, de modo singular, individual, analisando cada caso concreto, aproximando, pois, o controle incidental ao acesso à justiça na concepção Derridariana.

Há de ressaltar ainda, que uma lei, quando aprovada respeitando o devido processo legislativo, possui presunção de constitucionalidade, vislumbrando aqui um fundamento místico de sua autoridade. “Enquanto um Tribunal Constitucional não tiver declarado inconstitucional uma lei, este acto é válido e vinculante para os juízes e os outros aplicadores do direito” (CANOTILHO, 2003, p. 904).

Acontece que este fundamento místico de autoridade, reveste-se de presunção *juris tantum*, estando a lei sob um controle judicial e, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade pela Corte Suprema, de modo irrecorrível, a presunção de constitucionalidade deixa de operar efeitos.

Deste modo, quando a declaração de inconstitucionalidade se dá pela via incidental, passando, pois, pela prova do indecindível, desconstrói-se o fundamento místico de autoridade desta norma, analisando o caso concreto, para concretizar a almejada justiça.

7. Considerações finais

O acesso à jurisdição representa forte marco democrático presente na Constituição da República de 1988 merecendo enorme destaque, dentre os vários direitos e garantias fundamentais previstos nesta Carta Política. O princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme consagrado no artigo 5º., XXXV., possui relevância a fim de assegurar direitos violados ou ameaçados.

No entanto, acesso à jurisdição, conforme previsto constitucionalmente, embora aponte semelhança no que tange a nomenclatura, não garante o acesso à justiça. Ter uma pretensão apreciada pelo judiciário não significa que a justiça foi alcançada.

Direito e justiça, na concepção atual não são sinônimos. Direito é o cálculo, é, pois, a formalidade ou o texto da lei. A frieza das palavras legais congela o subjetivismo inerente a cada caso. A fórmula “fato + lei = justiça” deve ser amplamente questionada, devendo desconstruir esta verdade absoluta.

Acontece que o Estado-Juiz, ao apreciar uma pretensão, não deve se conter apenas a repetir palavras constantes na lei. A decisão para ser justa deve extrapolar os limites do incalculável e ter contatos íntimos com o indecível, dedicando a decisão para os impactos sociais, com pensamento dirigido para a sociedade.

Para obter uma decisão justa não há uma regra, como se uma fórmula matemática fosse, o indecível não é previsto em palavras previamente escritas, mas sim sentido de acordo com o caso. Assim sendo, deve haver uma decisão justa para cada caso, tendo, pois, caráter de singularidade.

Neste diapasão, louva-se o controle de constitucionalidade exercido pela via incidental. Por esta via, a questão na qual se discute a supremacia da Carta Magna e a sua compatibilidade com leis e atos normativos infraconstitucionais é dado de modo *in concreto*, aproximando com a temática proposta por Derrida.

Entende-se pois, que a via difusa do controle de constitucionalidade flerta com a concepção de justiça, ante a sua singularidade e efeitos entre as partes, garantindo, pois, a justiça.

8. Referências bibliográficas

- ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BINENBOJIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Direito Constitucional e teoria constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 1999.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a constituição dirigente*. ; participantes Agostinho Ramalho Marques Neto ... et al. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2. ed. Trad.: Layla Perrone Moisés. São Paulo: Martins fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad: Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Equality, Democracy and Constitution: We the people in court*, in *Alberta Law Review*, 28, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad e validez: sobre el derecho e el estado democratico de derecho em términos de teoria del discurso*. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- _____. *Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade*, 2. ed. rev. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, v. 1.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao artigo 5º., XXXV. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 357-367.
- MENDES, Gilmar, Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Trad.: Irene A. Peternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *O liberalismo político*. Trad.: Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato Social ou princípios do direito político*. Trad.: Ciro Mioranza. Coleção grandes obras do pensamento universal. S.l.: Escala, s.a.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- SILVEIRA, Denis Coitinho. *Teoria da justiça de John Rawls: entre o liberalismo e o comunitarismo*. Trans/Form/Ação, v. 30, n. 1, p. 169-190, 2007.
- STRECK, Lênio L; OLIVEIRA, Fabio de. Comentários ao artigo 2º. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 140-146.
- STRECK, Lênio L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.