

**POSICIONAMENTO CONTRA-MAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL COMO PRESSUPOSTO DE MANUTENÇÃO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**POSITIONING OF COUNTER MAJORITY FEDERAL SUPREME COURT AS
ASSUMPTION OF MAINTAINING THE DEMOCRATIC STATE OF LAW**

*Antonio Carlos Diniz Murta¹
Gustavo Matos de Figueiroa Fernandes²*

Resumo:

O estudo da jurisdição constitucional é muitas vezes controverso, tendo havido uma disputa muito acirrada entre dois dos mais notáveis juristas europeus do início do século XX: Carl Schmitt e Hans Kelsen. A ideologia por trás desta disputa é viva ainda hoje, atingindo o debate sobre a atuação das Cortes Constitucionais, atores fundamentais e decisivos da vida institucional de inúmeros estados, obrigando os estudiosos do Direito sempre rever as considerações desses dois juristas sobre o tema. Esta discussão fica evidente quando a imprensa e a sociedade, de forma quase unânime, ataca decisões do Supremo Tribunal Federal que são consideradas como contra majoritárias desrespeitando os anseios da população. Tal assunto merece atenta reflexão. Deste modo, esta pesquisa concluiu que a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal que rigorosamente protege direitos e garantias das minorias em face das vontades políticas majoritárias, mantendo a solidez do Estado democrático de Direito, mesmo que às custas de ataques e acusações da sociedade que deseja fazer valer algo o que ela poderia fazer pelo exercício do sufrágio.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; Supremo Tribunal Federal; Hans Kelsen; Karl Schmitt;

Abstract

The study of constitutional adjudication is often controversial , there was a very close contest between two of the most notable European lawyers of the early twentieth century : Carl Schmitt and Hans Kelsen . The ideology behind this dispute is still alive today , reaching debate on the role of the Constitutional Courts , fundamental and decisive actors in the institutional life of many states , forcing scholars of law always review the considerations of these two jurists on the subject . This discussion is evident when the press and society , almost unanimously , attack decisions of the Supreme Federal Tribunal which are considered as major disrespect against the wishes of the populace . This issue deserves careful reflection . Thus , it is the constitutional jurisdiction of the Supreme Court which strictly protects minority rights and guarantees in the face of majoritarian political wills , maintaining the strength of the democratic rule of law , even at the expense of attacks and accusations of society who want to assert something what she could do for the exercise of suffrage.

Keywords: Constitutional Jurisdiction, Supreme Court; Hans Kelsen; Karl Schmitt;

¹ Doutor em Direito pela UFMG / Professor do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde/FCH da Universidade FUMEC

² Mestrando em Direito na Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde/FCH da Universidade FUMEC
Pesquisador bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do estado de Minas Gerais - FAPEMIG.

1- INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro está no momento único de estabilidade jurídica e política jamais presenciada em sua história³ e por diversas que sejam as críticas de muitos setores da sociedade isso é resultado da atual ordem constitucional vigente caracterizada pela implementação das bases filosóficas e doutrinárias do Estado democrático de Direito⁴ e a sua defesa pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

No entanto, a crescente atuação da referida Corte Constitucional brasileira em casos polêmicos de grande repercussão na sociedade estão colocando em dúvida as funções típicas atribuídas pelo princípio da separação dos poderes e os prováveis limites institucionais que deveriam restringir a Jurisdição Constitucional do STF, pois sua atuação é em grande parte contramajoritária aos anseios da sociedade.⁵

Diante do problema acima apresentado pretende-se realizar uma averiguação do ponto de vista científico quanto da criação deste tribunal superior, para identificar seu principal objetivo, como forma de analisar o debate filosófico ocorrido entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, suas conseqüências históricas em determinados ordenamentos jurídicos para então contextualizá-lo dentro do atual cenário da jurisdição constitucional brasileira através de uma análise jurisprudencial de determinados julgados proferidos pelo STF.

A jurisdição constitucional, também denominada pelo jurista italiano Mauro Cappelletti de justiça constitucional, emergiu nos ordenamentos jurídicos em um processo histórico como instrumento de combate as violações constitucionais, uma necessidade, pois, para assegurar a garantia e segurança imediata da Lei Fundamental. (CAPPELLETTI, 1984)

³ Argumento encontrado após análise temporal de vigência das constituições promulgadas/outorgadas ao longo da história do Brasil. Sobre a história das constituições brasileiras sugere as seguintes obras: BONAVIDES, Paulo et al. **As constituições brasileiras: notícia, história e análise crítica**. Belo Horizonte: OAB, 2008. 161 p. ; SACCO, Ricardo Ferreira. **Constitucionalismo e Ministério Público: uma visão panorâmica**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde: Mandamentos, 2008. 262 p.

⁴ Quanto as filosofias que fundamentam o Estado Democrático de Direito, importante destacar o pensamento de Ronald Dworkin que faz uma distinção básica entre as normas constitucionais. As regras constitucionais possibilitadoras desenvolvem um governo da maioria, poder político de governar exercido através da escolha majoritária, enquanto que as normas constitucionais limitadoras restringem os poderes dos representantes, garantindo direito fundamentais das minorias. DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e Democracia**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/44585350/Ronald-Dworkin-Constitucionalismo-E-Democracia>> Acesso em: 22 out. 2013.

⁵ Somente como forma exemplificativa, apresentada-se os julgados do STF que foram caracterizados com contramajoritários: proibição do nepotismo em todas as esferas da organização administrativa do Estado; aplicabilidade da Lei ficha limpa nas eleições de 2010; aborto de fetos anencéfalos; união homoafetiva e outras decisões que serão analisadas no presente trabalho. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 out. 2013.

Em vários ordenamentos jurídicos do mundo se criaram teorias e instrumentos para atuar como garantidores da ordem constitucional. Podemos apontar, no México, o *Juicio de Amparo* como o grande meio para assegurar os direitos fundamentais; o *Judicial Review of Legislation* do direito americano, que atribui aos juízes a interpretação das leis em sintonia com a ordem constitucional, podendo declarar, no caso concreto, a inconstitucionalidade na aplicação de lei que vulnere a Constituição; na Alemanha o *Staatsgerichtsbarkeit* ou Justiça do Estado, voltada para a solução jurisdicional de conflitos entre os poderes do Estado, dentre outros (CAPPELLETTI, 1984).

No início do século XX, ocorreu o embate filosófico de grande importância que influenciou diretamente a formação dogmática das Jurisdições Constitucionais Modernas. Hans Kelsen defendia a ideia de uma corte suprema autônoma que decidia os casos de inconstitucionalidade dentro dos alicerces da Constituição. Já Carl Schmitt argumentava que era a função do Chefe de Estado (Presidente) decidir sobre a inconstitucionalidade das leis, pois acreditava que ele era o principal representante dos anseios e desejos da sociedade, portanto, possuindo legitimidade para tal. Contudo, a história e a evolução jurídica deram razão somente a Hans Kelsen, e portanto será sua teoria o marco doutrinário de desenvolvimento da presente pesquisa. (BARBERA, 2011)

Assim, se faz necessário o desenvolvimento deste trabalho através do método dialético com pesquisa doutrinária e jurisprudencial⁶ para discutir e averiguar a legitimidade, limites e resultados da atuação incisiva do Supremo Tribunal Federal diante de casos complexos em que se posicionou de forma contramajoritárias ao pensamento popular⁷, mas em defesa da manutenção do Estado Democrático de Direito.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional, também denominada pelo professor italiano Mauro Cappelletti de justiça constitucional, emergiu nos ordenamentos jurídicos em um processo histórico como instrumento de combate as violações constitucionais, uma necessidade, pois, para assegurar a garantia e segurança imediata da Lei Fundamental.

⁶ A pesquisa jurisprudencial desenvolvida foi realizada através determinados julgados do Supremo Tribunal Federal de grande repercussão na sociedade em que foram decididos de forma contramajoritária ao pensamento popular.

⁷ Não será apresentada nenhuma pesquisa quantitativa para apontar qual é o pensamento da maioria. O pensamento contramajoritário será identificado a partir da análise de cada caso onde os temas julgados pelo STF refere-se à proteção de direitos das minorias.

Em vários ordenamentos jurídicos do mundo se criaram teorias e instrumentos para atuar como garantidores da ordem constitucional. Podemos apontar, no México, o *Juicio de Amparo* como o grande meio para assegurar os direitos fundamentais; o *Judicial Review of Legislation* do direito americano, que atribui aos juízes a interpretação das leis em sintonia com a ordem constitucional, podendo declarar, no caso concreto, a inconstitucionalidade na aplicação de lei que vulnere a Constituição; na Alemanha o *Staatsgerichtsbarkeit* ou Justiça do Estado, voltada para a solução jurisdicional de conflitos entre os poderes do Estado, dentre outros (CAPPELLETTI, 1984).

É necessário citar também a teoria de Carl Schmitt, o qual considerava que o Chefe do Reich deveria ser o guardião da Lei Maior porque isso decorreria do princípio democrático, sobre o qual a Carta de Weimar se inspirava. Para ele o Presidente seria um centro seguro, um poder neutro, independente, regulador e preservador, atuando como o garantidor de toda a ordem constitucional vigente no Estado (SCHMITT, 2007).

Por último, a de maior influência no desenvolvimento da jurisdição constitucional moderna: a doutrina austríaca da justiça constitucional autônoma *Verfassungsgserichtsbarkeit*, idealizada pelo jurista Hans Kelsen (CAPPELLETTI, 1984). Kelsen criou a idéia de um tribunal constitucional com a função de controlar de maneira abstrata e concentrada a constitucionalidade das leis, baseando-se no ordenamento jurídico como uma pirâmide hierárquica de normas e a sua conformidade com um parâmetro normativo superior, tendo a Constituição como ápice de toda a regulamentação normativa (CANOTILHO, 2002).

O objetivo dessa teoria de Kelsen é de manter, através da jurisdição constitucional, a proteção dos direitos e garantias fundamentais das minorias em face de decisões políticas majoritárias, pois afirma que é a forma necessária de existência de um Estado democraticamente forte. É o que explica o professores italianos Augusto Barbera, Bongiovanni Giorgio e Gustavo Gozzi, na obra *Le Basi filosofiche Del Costituzionalismo*:

Kelsen afirma que, nas democracias parlamentares, a Justiça da constitucionalidade deve servir, fundamentalmente, a proteção das minorias. Para uma democracia, as instituições de controle são um condição necessária de existência, mais um Estado é democratizado, mais controle deve ser reforçado. (BARBERA, 2011, p.238).⁸

No presente trabalho iremos destacar as teorias dos dois últimos filósofos supra mencionados, pois elucidam posicionamentos antagônicos sobre a jurisdição constitucional e

⁸ Kelsen afferma che nelle democrazie parlamentari, la giustizia costituzionale deve servire principalmente alla protezione delle minoranze. Per una democrazia, le istituzioni di controllo sono una condizione di esistenza necessaria, Più uno Stato si democratizza, più il controllo deve essere rafforzato (BARBERA, 2011, p.238)

que são sempre evidenciados quando ocorrem julgados contra-majoritários à opinião pública, como no caso do julgamento do Recurso Extraordinário - RE 633703 pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a inaplicabilidade da lei complementar 135/2010 – Lei Ficha Limpa e sobre a união homoafetiva, ambos casos que serão abaixo discutidos.

3 AS TEORIAS DE HANS KELSEN E CARL SCHMITT

O estudo da jurisdição constitucional é muitas vezes controverso, tendo havido uma disputa muito acirrada entre dois dos mais notáveis juristas europeus do início do século XX. A ideologia por trás desta disputa é viva ainda hoje, atingindo o debate sobre a atuação das Cortes Constitucionais, atores fundamentais e decisivos da vida institucional de inúmeros estados, obrigando os estudiosos do Direito sempre rever as considerações de Carl Schmitt e de Hans Kelsen sobre o tema.

Veja-se então um pouco da teoria destes notáveis juristas para que possamos, ao final, chegar a conclusões embasadas.

3.1 HANS KELSEN

Hans Kelsen, nascido em Praga em 11 de outubro de 1881, morreu em Berkeley, Estados Unidos da América, em 1973 tendo produzido mais de quatrocentos livros e artigos durante sua vida e sendo um dos mais importantes e influentes filósofos do direito do século XX. O jurista foi estudioso da Escola Positivista e produziu a obra intitulada Teoria Pura do Direito. Nesse estudo, Kelsen enxergou a necessidade de separar a ciência do direito de outras ciências como a Psicologia, a Economia e a Sociologia, afirmando que era necessário conceber o Direito com olhos de jurista sem procurar a todo instante elementos que a Psicologia elabora, a Economia desenvolve ou a Sociologia nos apresenta.

Outra importante colaboração de Kelsen foi de determinar melhor a natureza lógica da norma jurídica. Antes, quando se fala em norma jurídica pensava-se logo em uma lei elaborada pelo Estado ou posta pela jurisdição ou costume e, em ambos os casos, prevalecia o sentido de comando ou ordem e não o significado do “juízo de valor” intrínseco. Desta feita, o princípio da imputabilidade ganhou muita importância na obra kelseniana, pois esse juízo de valor é feito dentro do mundo do dever ser, do qual atribui uma consequência em razão da prática de determinado ato. Nesse sentido, Kelsen demonstra que o princípio da causalidade, por governar o mundo do ser, não poderia fazer parte da Teoria Pura do Direito, pois para tal fim seria necessário o princípio da imputabilidade.

Desta feita, Hans Kelsen determina a norma jurídica como entidade lógico-hipotética, a qual qualificou e constituiu juridicamente o processo empírico social, reunindo desde as normas fundamentais das Constituições até os sentidos dos contratos e das sentenças. Nesse sentido, o Direito é visto por ele como um sistema escalonado e gradativo de normas, as quais atribuem sentido objetivo aos atos de vontade. Portanto, as normas se encaixam umas nas outras formando um todo organizado e lógico onde recebem, umas das outras, a sua vigência (validade), dependendo todas essas de uma norma hipotética fundamental (REALE, 2002).

Nesse sentido, o jurista austríaco faz uma comparação metafórica do ordenamento jurídico com uma pirâmide, determinando que a Constituição esteja localizada no ápice, e, abaixo dela, as demais normas como as leis ordinárias, decretos, regulamentos, portarias, etc. Acima dela encontra-se a norma hipotética fundamental, que representaria um pressuposto lógico e poderia ser entendida como valores desta sociedade política. Nesse sentido, as normas infraconstitucionais devem obedecer aos limites expressos na Constituição e esta, traduz valores importantes desta sociedade (KELSEN, 1999).

Para manter esse escalonamento hierárquico no ordenamento jurídico, Kelsen desenvolveu o controle concentrado de constitucionalidade. Essa jurisdição constitucional é feita somente por uma corte a qual deverá julgar os casos de inconstitucionalidade das normas. A composição e o conhecimento jurídico dos membros do tribunal especializado para julgar somente casos de inconstitucionalidade, com efeitos *erga omnes*, é demonstrado da seguinte maneira pelo o jurista Mauro Cappelletti:

Certo é que as normas das constituições modernas são algo de profundamente diverso das usuais normas de lei, que os juízes das cortes supremas européias, chegados já ao cume ou ao término de sua longa carreira na magistratura, foram, por décadas, habituados a interpretar, a observar, e a fazer observar, com uma técnica hermenêutica que refoge daquele tipo de *policy-making decisions* que estão, inevitavelmente, implicadas, ao invés, em uma atividade de controle da validade substancial das leis e de atuação da norma constitucional. As constituições modernas não se limitam, na verdade, a dizer estaticamente o que é o direito, a “dar uma ordem” para uma situação social consolidada, mas diversamente das leis usuais, estabelecem e impõem, sobretudo, diretrizes e programas dinâmicos de ação futura. (CEPPELLETTI, 1984, p.88).

No entanto, o controle concentrado de Kelsen sofreu e vem sofrendo várias críticas no que se refere à legitimidade democrática do tribunal constitucional. Nesse sentido, o jurista Raul Canosa Usera defende a teoria Kelsiana afirmando que o a jurisdição constitucional da

Suprema Corte é democrática porque ela deriva de um poder soberano popular, qual seja, o Constituinte Originário. Vejamos:

A necessidade de garantir a Constituição, faz com quem os tribunais sejam cobrados de antimajoritário ou antidemocrático, pois sua legitimidade deriva, não certamente da maioria presente, mas sim da maioria passada constituinte. Segundo isso, o título de sua legitimação é superior ao que poderia receber e sua criação foi resultado de uma maioria conjuntural. Além disso, os juízes poderiam ser eleitos diretamente pelo povo, como indicado por Kelsen (USERA,1988, p.50)⁹.

A teoria do controle concentrado de constitucionalidade de Kelsen possui vasta importância a inúmeros ordenamentos jurídicos, pois assegura, em caráter *erga omnes*, os direitos e garantias fundamentais do Estado democrático de Direito. Esse controle kelseniano, sofreu evolução e foram incorporadas adaptações importantes ao longo de sua existência. Como explica o jurista Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia:

Kelsen é um referencial não só pela grandeza de suas teses, mas também porque foi justamente ele o criador do controle concentrado que viemos a copiar em meados do século passado e que hoje tem enorme importância no que se refere à jurisdição constitucional no Brasil (BAHIA, 2004, p.8).

Nesse sentido, as cortes supremas dos estados democráticos de Direito, não podem ser acusadas de ilegítimas ou antidemocráticas, pois o poder delegado a elas foi concebido pelo Poder Constituinte Originário, o qual foi formado pela soberania popular, compreensão esta que muitas vezes parece passar ao largo de setores midiáticos e populares que insinuam a todo tempo que as decisões do STF devem estar em sintonia com o pensamento popular (TAVARES,1998).

Destaca-se ainda, a grande importância da jurisdição proposta por Kelsen, no sentido de que é através do Tribunal Constitucional que o Estado Democrático de Direito se vê assegurado, pois é ele o garantidor da instituição democrática ao seu nível máximo, impedindo que decisões políticas democraticamente majoritárias suprimam os direitos e garantias indisponíveis assegurados a parte minoritária da sociedade. Dentro dessa seara importante destacar a obra dos professores italianos Augusto Barbera, Bongiovanni Giorgio e Gustavo Gozzi:

No famoso ensaio de 1920, principalmente na sua essência e valor da democracia, Kelsen afirma que, na realidade de uma democracia, a maioria assume a existência

⁹ La necesidad de garantizar la Constitución salva a los tribunales de poder ser acusados de antimayoritarios o antidemocráticos y ello porque su legitimidad deriva, no ciertamente de la mayoría presente, sino de la mayoría pretérita y costituyente. Según esto, convendría aseverar que su título de legitimación es superior al que podría recibir si su creación fuera el resultado de la acción de una mayoría conyuntural. Por lo demás, los jueces podrían ser elegidos directamente por el pueblo, como indicó Kelsen (USERA, 1988).

de uma minoria e que, portanto, o direito da maioria pressupõe o direito de existência de uma minoria. (BARBERA: 2011, p.238).¹⁰

3.2. CARL SCHMITT

Um importante jurista alemão, Carl Schmitt, desafeto intelectual de Kelsen, é o autor do livro “O Guardião da Constituição”, que foi publicado em março de 1929 com o título “*Das Reichsgerichts als Hüter de Verfassung*” e em 1931, em uma versão ampliada intitulada “*Der Hüter der Verfassung*”.

Nessa obra, Schmitt questiona se seria papel do Poder Judiciário atuar como guardião da Constituição. Segundo o autor, esse papel não caberia a esse Poder, e sim ao Chefe do Executivo, qual seja, o Presidente do Reich, pois só ele teria legitimidade para essa função por representar a soberania popular, decorrente do fato de ter sido escolhido pelo povo (SCHMITT, 2007).

Schmitt entende que não existiria um monopólio de representação popular por parte do Parlamento, pois o Presidente é eleito pela totalidade do povo alemão e é igualmente seu representante, sendo ele, principalmente, a pessoa que exerceria a vontade deste povo.

Como salienta o jurista,

a primeira condição de toda jurisdição ou justiça constitucional é, antes, um conceito definido da divergência constitucional que torne nitidamente diferenciável essa espécie de contenda, pelo menos em seu princípio material e em sua estrutura, diferentemente de outras contendas, ao tornar visível uma relação diretamente objetiva com a Constituição (SCHMITT, 2007, p.72).

Como destacado por Schmitt, no século XIX, o perigo para os direitos fundamentais dos cidadãos vinha dos governantes autoritários, ou seja, do Poder Executivo, mas no último século o risco passou a ser proveniente do Poder Legislativo. Desta forma, então, a ele também não poderia ser concedida a função de guardião da constituição (SCHMITT, 2007).

Dessa maneira, de acordo com Schmitt, seria uma espécie de solução intuitiva pensar, primeiramente, em um tipo de controle exercido pelo Poder Judiciário, contudo essa solução não seria a mais acertada, pois ignora a superioridade que o Legislativo possui sobre o Judiciário, pelo fato de este ser vinculado à lei, devendo sempre decidir de acordo com ela. Por tal pensamento, ele sempre teria que sentenciar com base no estabelecido por aquele, ou

¹⁰ Nel noto saggio del 1920 dedicato a *Essenza e valore della democrazia*, Kelsen afferma che, nella realtà di una democrazia, la maggioranza presuppone l'esistenza di una minoranza e che di conseguenza il diritto della maggioranza presuppone il diritto all'esistenza di una minoranza (BARBERA: 2011, p.238)

seja, nas leis editadas pelo Poder Legislativo. Em decorrência dos apelos por uma forma de controle à atuação do Parlamento, o Tribunal de Justiça Constitucional do Reich chegou a se auto-intitular o defensor da Lei Fundamental Alemã (BAHIA, 2008).

Schmitt chega a dizer que os tribunais devem exercer um controle das leis, o que ele chama de direto de exame judicial material geral, realizado pelos tribunais com jurisdição administrativa, civil ou penal, de forma acessória e difusa. Mas para o alemão isso não significaria que eles estivessem protegendo a Constituição e que pudessem ser considerados como seus guardiões. Para ele

guardiões da Constituição não são todas as posições e pessoas que, ocasionalmente pela não-aplicação de leis anticonstitucionais ou pela não-obediência a disposições anticonstitucionais, possam contribuir para que a Constituição seja respeitada e não seja violado um interesse protegido constitucionalmente (SCHMITT, 2007,p.32).

Carl Schmitt ainda fala que existiria o direito de exame judicial somente perante as leis ordinárias, que não serão aplicadas quando incompatíveis com a Lei Fundamental, pelo fato de que o juiz está subordinado à lei, devendo, nesse caso, dar preferência para a Lei Maior, não se podendo confundir essa função com o papel conferido ao guardião da Constituição. Dessa forma também não existiria o exame perante emendas constitucionais, ou qualquer outra forma de normatização, que poderia ser elaborada de maneira abusiva (SCHMITT, 2007).

O referido jurista faz essa separação de funções por diferenciar “controle judicial” de “proteção política”, pois para ele, o que os tribunais realizariam de maneira geral poderia ser chamado de controle das leis, mas não de proteção da Lei Maior do Estado. Nesta toada, só seria possível um controle exercido pelo Judiciário nos países como os Estados Unidos da América, onde toda a vida política do país é controlada por seus tribunais, que utilizam princípios gerais para julgar e zelar pela ordem econômica e social existente. Essa distinção advém da diferenciação feita por Schmitt entre a Constituição e as leis constitucionais. Seu entendimento é no sentido de que a Constituição, vista como a decisão política de uma sociedade, deve ser defendida politicamente, diferentemente das leis constitucionais que servem de padrão para se realizar o controle jurisdicional das leis infraconstitucionais (BAHIA, 2008).

Desta feita, é possível entender que todo o conceito de Direito seria fundamentalmente político e, dessa forma, ele encontraria seu fundamento último de validade na decisão política originária, fruto da manifestação da vontade do titular do poder soberano,

e não em uma norma de existência hipotética, como na teoria de Hans Kelsen (SANTOS,2008).

O pensador alemão considera que a Constituição não seria um simples conjunto de leis constitucionais, - seria algo mais complexo, pois é criada a partir da decisão política consciente de uma determinada unidade social, sendo guiada pelo princípio democrático, que se pauta na idéia de igualdade (SCHMITT, 2007).

Schmitt considera que a Constituição, entendida como um conjunto de normas jurídicas elaboradas pelo Poder Constituinte Originário e aprovada por uma maioria qualificada, segundo um procedimento específico, revelaria

a própria essência das relações de domínio de uma sociedade politicamente organizada, já que reflete a estrutura orgânica do poder, bem como as condições formais e materiais de validade e legitimidade das manifestações dos agentes do poder institucionalizado (SANTOS, 2008,p.33 -34).

Quando se fala na existência de um guardião ou defensor da Constituição pretende-se com isso conceder proteção ao seu texto contra riscos concretos e bem definidos. E para Schmitt, a exigência desse guardião seria consequência de delicadas condições constitucionais. O que se busca com o estabelecimento de um guardião da Carta Constitucional é a proteção de determinados interesses, tidos como mais importantes para a sociedade, contra a ação de maiorias parlamentares passageiras, pelo fato de o conteúdo das normas estatais interferirem intensamente nos direitos mais essenciais dos cidadãos (SCHMITT, 2007).

Deve se proteger as leis constitucionais direcionando essa proteção contra o princípio majoritário democrático, tendo em mente a defesa de interesses das minorias contra maiorias eventuais, pois só é possível se falar em democracia com o respeito às minorias. Mas Schmitt (2007: 163) ainda lembra que “cada um tem a chance de conquistar a maioria, se pertencer à minoria vencida por maioria de votos, será remetido ao fato de que ele teve a chance e ainda tem de se tornar maioria. Isso também é uma idéia liberal de justiça”.

O eminente jurista considerava que, se a Carta alemã de 1919 previu a proteção judicial, com um tribunal especial atuando em sua defesa, juntamente com outras formas de garantia, então ficaria evidente que a proteção judicial constitui somente uma das formas de defesa da Lei Maior, não podendo se esquecer das outras instituições que também devem atuar (SCHMITT, 2007).

O Chefe de Estado Alemão seria, de acordo com Carl Schmitt, o principal responsável pela defesa da Constituição, e para isso necessitaria gozar de certa independência. Nas democracias constitucionais isso seria garantido pela Lei Fundamental, como no caso de Weimar, que concedia para o Chefe de Estado, eleito pelo voto popular, um mandato de sete anos e de difícil revogação. Pois só se pode pensar em um defensor da Constituição quando se tem, em um sistema constitucional democrático, uma instância independente e neutra, que seriam condições fundamentais para o exercício dessa função (SCHMITT, 2007).

Carl Schmitt considerava o Presidente do Reich como um representante da permanência e da continuidade da unidade estatal e de seu funcionamento de maneira uniforme, e que por isso deveria possuir um tipo especial de autoridade. “O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária” (SCHMITT, 2007, 232), e aí está o grande risco do pensamento de Schmitt: esta base plebiscitária e este pressuposto de neutralidade do Presidente pelo fato de ter sido eleito pelo povo. Aí também repousa a grande contradição, pois se esta condição de representante do povo lhe dá legitimidade para ser o guardião da Constituição isto o coloca em posição de intérprete máximo. Vem a pergunta: e se ele próprio desejasse fazer de sua legitimidade popular e sua superioridade institucional um instrumento para impor sua visão monista da realidade?

Ele considerava que o Chefe do Reich deveria ser o guardião da Lei Maior porque isso decorreria do princípio democrático, sobre o qual a Carta de Weimar se inspira. O Presidente seria um centro seguro, um poder neutro, independente, regulador e preservador, atuando como o garantidor de toda a ordem constitucional vigente no país (SCHMITT, 2007).

Para o jurista, diferentemente do que pensava Hans Kelsen, democracia seria representada pela homogeneidade e não pela pluralidade, o Estado seria uma unidade homogênea e indivisível, e este é um dos principais pontos de choque entre ambas as teorias. Desse modo, o Chefe do Executivo serviria de contrapeso para o Parlamento, tendo em vista a pluralidade partidária de que o órgão é formado e que pode dificultar o funcionamento normal do Estado. Dessa forma haveria, pois, a necessidade de se ter alguém com o todo em vista (SCHMITT, 2007).

O Presidente seria a pessoa ideal para a função de protetor do texto constitucional por não se submeter às vontades dos partidos políticos, servindo de intermediário entre os diversos grupos e resolvendo os conflitos provocados por essa pluralidade de interesses. Tal pluralidade poderia ameaçar a unidade da ordem política estatal (BAHIA, 2008).

A Jurisdição Constitucional é algo necessário para que haja uma garantia de respeito ao texto da Constituição porque ela não pode se autoprotger, assim como também não poderia ser protegida por uma norma inferior. Observa-se que o autor era contrário à criação de uma Corte Constitucional para exercer o controle concentrado de constitucionalidade, por achar que isso concederia um poder de legislar ao Judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito (SCHMITT, 2007).

De acordo com Carl Schmitt, importante opositor de Hans Kelsen, a Constituição seria intocável, não podendo ser reformada, diferentemente das leis constitucionais que podem ter seu texto alterado e sua execução suspensa através de medidas de exceção (SANTOS, 2008).

Carl Schmitt possuía uma visão antiliberal, criticava o positivismo tradicional alemão, que pra ele era uma estrutura estatal de características burguesas. Aliás, a democracia liberal instalada na Alemanha, em sua visão era uma das responsáveis pelos problemas enfrentados no pós Primeira Guerra Mundial (SCHMITT, 2007).

O jurista termina seu raciocínio, em “O Guardião da Constituição”, dizendo que a Carta alemã de 1919

busca, em especial, dar à autoridade do Presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão (SCHMITT, 2007, p.234).

Como visto, sua visão era dogmática e monista, entendendo que a heterogeneidade era nociva e que se um grupo pertencesse à minoria, a democracia estaria garantida desde que houvesse ao menos a chance desta minoria se integrar à maioria.

3.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TEORIAS DE KELSEN E SCHMITT

Ambos autores travaram uma disputa intelectual sobre jurisdição constitucional, cujo cerne do debate era quem teria legitimidade para exercê-lo. Carl Schmitt publicou a obra “O Guardião da Constituição” e, no mesmo ano (1931), Hans Kelsen publica o texto “Quem deve ser o Guardião da Constituição?” como resposta ao que havia sido dito por Schmitt. Nesse trabalho, Kelsen reafirma a importância de se ter nos sistemas democráticos modernos uma Corte com a função de proteger o texto da Lei Fundamental.

Hans Kelsen critica a teoria de Schmitt que considerava natural dar ao Chefe do Reich o papel de defensor da Constituição, pois para ele quem teria essa legitimidade seria o Tribunal Constitucional, órgão idealizado por ele. Kelsen ainda declara que a Constituição de

Weimar (1919) estabelece que o Presidente do Reich deva ser defensor de seu texto, mas isso seria apenas uma das formas de protegê-la, não se podendo esquecer das demais formas de proteção do texto constitucional.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial a teoria de Hans Kelsen começaram a ser adotadas pela maioria dos Estados democráticos, contudo, inicialmente, este embate de idéias fora vencido por Schmitt e suas conseqüências foram bastante graves para a Alemanha.

A inexistência de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos e de mecanismos que impedissem a criação de uma ditadura da maioria auxiliou na criação do Estado Totalitário alemão, sem que houvesse quebra da legalidade formal, demonstrando a necessidade da adoção do *judicial review* pela Lei Fundamental alemã de 1949 (MORAES, 2007,p.680).

A primeira conseqüência prática da disputa intelectual entre Kelsen e Schmitt surgiu do Tribunal do Estado no caso *Prússia contra Reich* e, no dia 25 de outubro de 1932. A tese de Schmitt foi a vencedora, sendo que o referido tribunal negou-se o poder para definir os limites de atuação do Presidente e do Chanceler. Desta feita, ambos ficaram livres para agir contra as poucas instituições democráticas que ainda restavam no cenário político alemão de 1932 (BAHIA, 2008).

Defensor da tese vencedora do embate judicial realizado no caso *Prússia contra Reich*, Carl Schmitt também ganhara, aparentemente, a disputa intelectual sobre quem por direito realmente deveria ser o guardião da Constituição. Em janeiro de 1933, três meses após esta decisão, Adolf Hitler chegou ao cargo de chanceler sem cometer nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade (BAHIA, 2008).

Entretanto, após a queda do *Fuher* Adolf Hitler, que se tornara Chanceler e Presidente, o mundo verificou aterrorizado que o Poder Executivo, quando detentor da jurisdição constitucional (como previa a Teoria de Carl Schmitt), violou direitos e garantias fundamentais das minorias em face de vontades políticas majoritárias, como relatado acima no caso específico da Alemanha.

Kelsen afirma que toda decisão judicial expressa uma decisão política, e, portanto, é uma forma de exercício do poder. Como Presidente ele foi realmente um símbolo da unidade do povo, mas de modo nenhum a expressão de uma verdadeira unidade efetiva, pelo contrário, sua eleição foi fruto de uma coalizão de partidos políticos e isso o impediu de conseguir uma garantia de imparcialidade da Constituição. (BARBERA,2011)

Nas seguintes palavras os professores italianos definem claramente essa conquista da Teria Kelsiana sobre os argumentos de Carl Schmitt:

Kelsen identifica a garantia de justiça mais adequada constitucional da minoria contra a maioria dos árbitros potenciais. Com este pressuposto, ele vai defender o papel do Tribunal Constitucional do Reich - como, guardião da Constituição, contra a tese de Schmitt que aponta para a constituição de Weimar, o papel atribuído aos único presidente do Reich, argumentando que as decisões políticas do guardião da Constituição, não poderia ser tomada por um tribunal. Kelsen tem bom jogo para mostrar que toda decisão judicial expressa uma decisão política e, portanto, é uma forma de exercício do poder. Como presidente, ele foi certamente um símbolo da unidade do povo, mas de modo nenhum se a expressão de uma verdadeira unidade efetiva, pelo contrário, sua eleição foi fruto de uma coalizão de partidos políticos e isso o impediu de conseguir uma garantia de imparcialidade da Constituição. (BARBERA: 2011, p.238)¹¹

Deste modo, a história deu razão a Kelsen, pois depois da Segunda Guerra Mundial respeitadas democracias no mundo adotaram um sistema como o que defende o jurista austríaco.

4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL - STF - DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS

A Jurisdição Constitucional brasileira exercida pelo Supremo Tribunal Federal está sendo alvo de muitas críticas pela sociedade com alegações de que os posicionamentos adotados em casos importantes estão sendo decididos de forma contra majoritária aos desejos da população.

Contudo, conforme acima demonstrado, a jurisdição constitucional exercida pelo tribunal constitucional é fundamental para a defesa de direitos das minorias que jamais seriam regulamentados pelo poder executivo e legislativo.

Assim, com base nesse argumento, apresenta-se abaixo duas decisões em que Supremo Tribunal Federal se posicionou de forma contramajoritária na busca de garantir direitos de determinadas minorias.

Cumpr-se ressaltar que não foram analisadas outras decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em razão da limitação de laudas para elaboração deste artigo, contudo, outros julgados foram citados na nota de rodapé número 5 (cinco) do trabalho.

¹¹ Kelsen individua nella giustizia costituzionale la garanzia più adeguata delle minoranze contro i possibili arbitri delle maggioranze. Con questi presupposti egli difenderà la funzione del tribunale costituzionale del Reich – inteso come, custode della costituzione, contro le tesi di Schmitt che, referendosi alla costituzione di Weimar, assegnava quel ruolo al solo presidente del Reich, ritenendo che le decisioni politiche, proprie del custode della costituzione, non potessero essere prese da un organo giurisdizionale. Kelsen ha buon gioco nel mostrare che ogni sentenza giudiziaria esprime una decisione politica e che essa è dunque una forma di esercizio del potere. Quanto al presidente, egli era certamente simbolo dell'unità del popolo, ma non era in alcun modo espressione di un effettiva unità reale: al contrario, la sua elezione era il prodotto di una coalizione di partiti politici e ciò gli impediva di realizzare una garanzia imparziale della costituzione. (BARBERA: 2011, p.238.)

O primeiro caso que se pretende demonstrar refere-se ao julgado da lei complementar 135 em que o STF, através da interpretação literal do princípio da anuidade, proibiu a aplicação da referida norma nas eleições do ano de 2010. Assim importante apresentar o ementa do referido julgado:

LEI COMPLEMENTAR 135/2010, DENOMINADA LEI DA FICHA LIMPA. INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS 2010. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). I. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL. O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anuidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. Precedente: ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006. A LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. (RE 633703, voto do rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-3-2011, Plenário, DJde 18-11-2011)

Assim, conforme acima demonstrado na referida decisão, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela proteção da minoria parlamentar que estaria prejudicada pela alteração do procedimento eleitoral no curso das eleições, visando à garantia do princípio da anterioridade eleitoral se posicionando de forma contrária aos anseios da sociedade já que lei "ficha limpa" foi elaborada por iniciativa popular.

Outra decisão de grande importância na defesa da manutenção do Estado Democrático de Direito ao proteger direitos fundamentais das minorias, refere-se à possibilidade de configuração de união estável para casais homoafetivos.

Na mencionada decisão o Supremo Tribunal Federal autorizou que fosse concedida a união estável de homoafetivos como forma de estender todos os direitos civis e patrimoniais decorrentes da referida união protegendo direitos e obrigações que anteriormente não eram assegurados. Assim apresenta-se a ementa da referida decisão:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições

da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (ADI , voto do rel. min. Ayres Britto, julgamento em 05-05-2011, Plenário,DJde 13-10-2011)

Quanto a este julgado específico verifica-se que a decisão foi contramajoritária, pois as maiores entidades religiosas do país que representam mais de 50% (cinquenta por cento) da população brasileira eram contra a união estável nos casamentos entre pessoas do mesmo sexo. (CENSO, 2010)

Deste modo, constatou-se que nem o poder Legislativo nem tão pouco o Executivo iriam aprovar qualquer espécie normativa que regulamentasse o direito dos casais homoafetivos tendo em vista que representam, em tese, os desejos da maioria da sociedade brasileira.

Deste modo, após análise da referida decisão, verifica-se que o julgado do Supremo Tribunal Federal foi contramajoritário ao pensamento da sociedade e em defesa de direitos e obrigações de uma determinada minoria.

5 CONCLUSÃO

Após a Segunda Grande Guerra, as idéias defendidas pelas teorias constitucional e democrática se uniram, de maneira que não se pode mais pensar na existência de uma sem o outra. A partir desse momento, além da busca por um regime democrático, para que não haja mais governos ditatoriais, torna-se clara a necessidade de se ter formas de impedir o abuso de poder político, mas também de controlar de forma efetiva a atuação das maiorias, representadas pelo Parlamento, para que se preserve os direitos fundamentais.

Como relatado no presente trabalho, a história nos demonstrou que a jurisdição constitucional exercida pelo Poder Executivo resultou por legitimar regimes totalitários, como no caso da Alemanha Nazista, pois acreditavam que o guardião da constituição deveria ser o órgão que representava os desejos da sociedade.

A jurisdição constitucional moderna, que possui sua origem filosófica na teoria de Hans Kelsen, demonstra que a jurisdição constitucional deve ser exercida por uma Corte Constitucional Suprema, a qual tem a função de ser a guardiã da ordem constitucional vigente por se tratar de um órgão dotado de imparcialidade. De um certo modo, representa os anseios da sociedade, pois essa função é garantida pelo maior documento representativo das vontades de uma nação qual seja a Constituição, criada pelos representantes do povo, na Assembléia Nacional Constituinte.

Assim, não é condizente tampouco justo afirmar que as decisões do Supremo Tribunal Federal em relação a inaplicabilidade da lei complementar 135/2010, a união homoafetiva e as demais que não foram apresentadas neste trabalho, são prejudiciais aos desejos sociais, pois a Democracia dentro do Estado Democrático de Direito é considerada como o Poder exercido pela Maioria, respeitado e garantido os direitos das minorias.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista de informação legislativa**, v.41, nº 164, p. 87-103, out./dez. de 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/1009>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de dezembro de 1988. Texto constitucional de 5 de Outubro de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> . Acesso em :10 abr. 2011.

BRASIL. **Presidência da República**. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar n. 135 de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no

exercício do mandato. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4277. Brasília. Relator: Ministro Ayres Britto. Publicação: DJ 13-10-2011. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 09 fev. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 633703. Brasília. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Publicação: DJ 23-03-2011. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 09 fev. 2014.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle Judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CENSO, 2010. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=3&idnoticia=2170&busca=1&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espiritas-sem-religiao>> acesso em 27 julho de 2014

CLÉVE, Clémerson Merlin. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

GIORGIO, Bongiovanni; GOZZI, Gustavo. Democrazia. In: BARBERA, Augusto. **Le basi Filosofiche del Costituzionalismo**. Roma – Bari: Laterza, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo : Atlas, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SACCO, Ricardo Ferreira. **Constitucionalismo e Ministério Público**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Coleção Del Rey Internacional) Título original: Der Hüter der Verfassung.

SILVA, Jose Afonso da Silva. **Comentário Contextual à Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, André Ramos. Da Legitimidade do Democrática do Tribunal Constitucional. In: **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

USERA, Raul Canosa. **Interpretación Constitucional y Formula Política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.