

Três Aspectos Sociológicos de uma Corte Política

Three Sociological Aspects of a Political Court

HENRIQUE RANGEL*

CARLOS BOLONHA **

MAÍRA ALMEIDA ***

Sumário: I. Introdução; II. O *judicial review* e a conquista histórica de seus contornos políticos; III. As cortes constitucionais e o caráter político de suas decisões; IV. Três aspectos sociológicos das cortes constitucionais; V. Conclusão; VI. Referências bibliográficas.

Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI). São financiadores do presente trabalho o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), no âmbito da concorrência do Edital Universal 14/2011 CNPq (Processo nº 480729/2011-5), e a Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), no âmbito da concorrência do APQ-1, 2013 FAPERJ (Processo nº E-26/111.351/2013). O teor deste trabalho foi objeto de apresentação oral no 2nd Forum on International Sociology Association (ISA), em Agosto de 2012, recebendo, ainda, o auxílio de dois travel grants

* Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, no Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: henriquerangelc@gmail.com.

** Professor Adjunto do Departamento de Direito do Estado e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: bolonhacarlos@gmail.com.

*** Advogada e Mestre pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: almeida.maira.1@gmail.com.

RESUMO

A atividade política dos tribunais brasileiros, sobretudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tem crescido significativamente. Durante a última década, a maior parte das demandas sociais por atendimento a direitos básicos pode lhe ser atribuída, mas é necessário verificar o quanto este ativismo consegue responder às expectativas de indivíduos e grupos sociais de forma legítima. Este fato é sensível a dificuldades no plano democrático e, ao que parece, a esfera legal tem se tornado mero pano-de-fundo. O desvio desta esfera pode ser constatado por, pelo menos, 5 fatores: (I) a predominância de fundamentos políticos nas decisões; (II) a criação de parâmetros políticos; (III) a presença de um comportamento ativista; (IV) o comprometimento com decisões dos poderes eleitos; e (V) o comprometimento com seus próprios precedentes. O alcance da esfera de legitimidade, porém, depende do atendimento a três aspectos sociológicos: (I) o crescimento desta atividade política pode ser atribuído à insatisfatória efetivação de direitos básicos e concretização de normas constitucionais; (II) quando a Corte se desvia da esfera de legalidade, os fatos sociais correspondentes à questão precisam ser adotados como parâmetros para a tomada de decisão; e (III) a atividade política da Corte precisa produzir efeitos relevantes na esfera social. Tais fatores são capazes de fortalecer o reconhecimento de seu papel democrático na sociedade.

Palavras-chave: Cortes Constitucionais; *Judicial Review*; Atuação Política; Esfera de Legalidade; Esfera de Legitimidade.

ABSTRACT

There is a significant growth in the political activity of Brazilian courts especially in the Supremo Tribunal Federal case. At the last decade, the larger parcel of the social demands attempt on basic rights can be attributed to this institution, but is necessary to verify how this activism can reach individuals and social groups' expectations in a legitimate manner. This fact is sensitive to difficulties on democratic fields and, it seems, the legal sphere has become just background. The dogging of this sphere can be found by at least 5 factors: (I) the predominance of political fundaments in decision; (II) the creation of political parameters of decision; (III) the presence of an activist behavior; (IV) the commitment with the others branches decisions; and (V) the commitment with their own precedents. The reach of legitimacy sphere however depends on the attempt to three sociological aspects. (I) The growth of political activity can be attributed to an unsatisfactory effectiveness on basic rights and constitutional norms. (II) When this Court deviates from the legal sphere, the social facts correspondents to the matter had to be adopted as the central arguments to the decision making. And (III) the political activity needs produce relevant effects on social reality. These factors can fortify the recognition of its democratic role before society.

Keywords: Constitutional Courts; Judicial Review; Political Activity; Legal Sphere; Legitimacy Sphere.

I. INTRODUÇÃO

Há um significativo crescimento na atividade política dos tribunais brasileiros. E, neste quadro, é possível destacar uma particular atuação do Supremo Tribunal Federal (STF). Durante as duas últimas décadas, a maior parte das demandas sociais por atendimento a direitos básicos pode lhe ser atribuída. O silêncio dos demais poderes, neste âmbito de segurança de direitos básicos, tem concorrido para este novo panorama de ativismo no âmbito desta Corte Constitucional. Assim sendo, é necessário verificar o quanto este ativismo consegue responder às expectativas de indivíduos e grupos sociais.

O STF possui competências bem definidas. Recentemente, porém, tem assumido responsabilidades democráticas atribuídas a outros poderes. Este fato é sensível a dificuldades no plano democrático, especialmente, em campos representativos. Ao que parece, a esfera legal tem se tornado pano-de-fundo de sua atividade¹. É necessário, no entanto, observar – não obstante a inércia dos demais poderes no exercício de suas principais competências² – a possibilidade de uma atividade política ilegítima da Corte.

O problema da legitimidade na atividade política do STF poderia ser analisado sob três aspectos sociológicos. Em primeiro lugar, o crescimento desta atividade política do STF pode ser atribuído à insatisfatória efetivação de direitos básicos e concretização de normas constitucionais. Em segundo lugar, quando a Corte se desvia da esfera de legalidade, os fatos sociais correspondentes à questão precisam ser adotados como parâmetros para a tomada de decisão. Em

¹ A noção de esferas que se aplica neste trabalho adota a tradição de pensamento weberiana que considera a possibilidade de distintas esferas de valor, com o acréscimo de Jürgen Habermas acerca das esferas de validade. Neste sentido, Cf.: “That is, members are increasingly forced to separate different spheres of validity, for example, to distinguish scientific questions from those of faith, those of justice and morality from aesthetic judgments, and so forth, a development that Weber attempted to capture with his concept of the differentiation of ‘value spheres’” (HABERMAS, 1996: p. xviii).

² Acerca do exercício dos poderes constitucionais, bem como a atrofia decorrente da falta de seu exercício, (VERMEULE, 2011).

terceiro lugar, a atividade política do STF precisa produzir efeitos relevantes sobre a realidade social. Este terceiro aspecto sociológico, por sua vez, pode ser interpretado sob duas perspectivas. Na primeira, isto deve ser respeitado como objetivo central na assunção de responsabilidades políticas. Na segunda, os impactos da decisão como benefícios ao plano fático e social repercutem positivamente ao redor da atividade política da Corte, auxiliando sua aproximação da esfera de legitimidade.

II. O *JUDICIAL REVIEW* E A CONQUISTA HISTÓRICA DE SEUS CONTORNOS POLÍTICOS

Na teoria constitucional norte-americana, tornou-se um desafio, para qualquer estudioso, apresentar sistematicamente os desdobramentos teóricos sobre a atividade da Corte Constitucional³. Criaram-se perspectivas de profunda especificidade para analisar e contribuir para uma atuação criativa do *judicial review*; discutindo, sobretudo, o status de supremacia judicial.

O *judicial review* passou por, pelo menos, duas fases marcantes na história constitucional americana. Seu nascimento costuma ser louvado com o caso *Marbury v. Madison* (1803), mas é necessário observar que o *judicial review* que se discute hoje – em termos de supremacia judicial – não é este⁴. Tal mecanismo surgiu em um período em que a Corte de Marshall (1801-1835) tentava se livrar das influências político-partidárias sobre sua atividade e sobre suas sucessivas nomeações influenciadas pelo plano de governo dominante. Quando o *Chief Justice* Marshall defende a impossibilidade desta Corte deliberar sobre matéria que diretamente versa sobre questões políticas obtém êxito na garantia de um Judiciário independente. Este fato, porém, limitaria a Corte a um reduzido espectro de atuação, mas a criação da doutrina do *judicial review* sustentou seu *status* perante os poderes eleitos. Nesta primeira fase, somente a matéria eminentemente jurídica poderia ser alvo de verificação de compatibilidade com a Constituição. O critério utilizado para a distinção entre a *legal discretion* e a *political discretion* era o caráter de

³ Apesar de toda a riqueza da teoria constitucional norte-americana, o presente estudo não reconhece nenhum trabalho com este perfil.

mutabilidade da matéria. Sendo de maior flutuação no campo político, a controvérsia estaria fora dos âmbitos de atuação do *judicial review*. Sendo algo assentado e visto como imutável, poderia a Corte intervir e suprimir a validade do ato. Ressalte-se que o grande fundamento adotado como matéria imutável era a propriedade privada.

Inicialmente, o *judicial review*, enquanto um instrumento de grande aprovação, ganhou forças e, progressivamente, tornou-se mais recorrente e mais abrangente. Em meados do século XX, porém, a Suprema Corte foi deslocada para o centro das exigências e pressões sociais na reivindicação de alguma prestação de direitos e algum estabelecimento de parâmetros políticos de deliberação. Pode-se atribuir um verdadeiro papel de protagonista político e deliberativo às Cortes de Warren e de Burger nos Estados Unidos da América (EUA). Nestes períodos, a Suprema Corte assumiu uma responsabilidade política de atuação que transformou em regra o enfrentamento de controvérsias que seriam tipicamente, na origem do *judicial review*, de *political discretion*. Desta forma, alguns autores afirmam, a partir desta proeminência política da Corte, um quadro de supremacia judicial, correspondente a uma segunda fase do *judicial review*⁵.

Sendo o centro das atenções e pressões, entretanto, foi inevitável o desgaste do *judicial review*, ao final do século XX e início do século XXI nos EUA. O comportamento da Corte tornou-se prudentemente mais contido. As correntes do *constrained judicial review*, havendo quem o subdivida em constitucionalismo popular, departamentalismo e *weak form judicial review*⁶. No atual debate sobre o *judicial review*, defende-se, por um lado, um modelo fortemente

⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁵ Exemplo disto é a denominação cunhada por Stephen Griffin para este período. Apesar de a decisão do caso *Marbury* ter criado a doutrina do *judicial review*, foi na metade do Século XX que ganhou maior expressão (GRIFFIN, 2005).

⁶ É o que se apresenta em (SHINAR/HAREL, 2011). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1760963>. Acesso em: 1º de agosto de 2011. Representam a corrente do *constitucionalismo popular* autores contemporâneos que combatem a capacidade de o judiciário exercer o controle de constitucionalidade das leis, defendendo um padrão democrático mais estabelecido no princípio majoritário, indo de encontro com a democracia constitucional dworkiniana e seus núcleos de princípios fundamentais de intangibilidade moral individual. Trata-se de autores que rejeitam a noção de “trunfos contra a maioria” do contramajoritarismo atual. Pode-se afirmar que há a defesa de uma espécie de *legislature supremacy* (TUSHNET, 2006). Para o *departamentalismo*, o sistema jurídico deve estar aberto para a atuação legislativa, porém, muito claramente definidos os limites do *judicial review*. Impede-se que haja interferências além de suas próprias competências, criticando uma postura ativista que avance sobre assuntos políticos atribuídos a diverso Poder (THAYER, 1893). Com as teorias do *weak form judicial review*, encontram-se propostas de uma atuação branda,

dialógico (*constrained judicial review*) e, por outro lado, um modelo de revisão que favoreça a autonomia do Judiciário em matérias de teor mais político (*strong judicial review*). A autonomia da Corte para integrar ou não outras instituições a esta atividade de maior conteúdo político se tornou o foco da discussão. O que se observa na prática da jurisdição constitucional brasileira, no entanto, parece não corresponder com rigor a esta mudança de eixo. O STF mantém uma postura de significativa atuação política, sendo poucos os exemplos em que se buscam diálogos com outras instituições ou integração com a sociedade.

III. AS CORTES CONSTITUCIONAIS E O CARÁTER POLÍTICO DE SUAS DECISÕES

O aumento da atividade política de uma Corte Constitucional pode ser observado a partir de fatores que indiquem um deslocamento da esfera de legalidade para o pano-de-fundo de sua atividade. Desta maneira, serão considerados como tais fatores: (I) a predominância de fundamentos políticos nas decisões; (II) a criação de parâmetros políticos; (III) a presença de um comportamento ativista; (IV) o comprometimento com decisões dos poderes eleitos; (V) o comprometimento com seus próprios precedentes. Basicamente, estes fatores remontam a uma atividade em matéria de conteúdo de direitos, discutindo-se quais eles são e até que extensão existem.

A predominância de fundamentos políticos na decisão pode se resumir ao seguinte: a decisão que preserva uma fundamentação técnica tende a se afastar de uma motivação política. O que esta variável busca destacar é se a decisão se pautou, predominantemente, em fontes jurídicas expressas e indiscutivelmente reconhecidas de direito. Ou seja, se, de um lado, o entendimento dominante acerca de um dispositivo legal prevaleceu, ou se, do outro lado, o julgador sustentou um perfil decisional (como conservador ou progressista, por exemplo), na defesa de algum valor, princípio, interesse, máxima ou qualquer outra perspectiva baseada em um preceito deontológico

geralmente, apenas como suficiente para a garantia concreta de direitos. É possível citar como um exemplo destes modelos de *judicial review*, o *second look* (DIXON, 2011). Alguns entendem certos trabalhos de Mark Tushnet como integrantes desta subdivisão (TUSHNET, 2007).

de textura marcadamente aberta⁷. Durante a última década, foi muito recorrente, no STF, a fundamentação das decisões com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Apesar de sua previsão expressa na Constituição – art. 1º, III –, trata-se de um valor de significativa textura aberta que recebeu aplicação nas mais distintas controvérsias constitucionais.

A exemplo disto, o caso *Ellwanger* estabeleceu que a edição e publicação de obras com conteúdo histórico-revisionista e de natureza antisemita ofendem a dignidade da pessoa humana⁸. O caso poderia ser tratado sob o prisma do *hate speech*, traçando-se limites ao exercício da liberdade de expressão e comunicação social, mas preferiu-se aplicar o princípio que se popularizou como o epicentro axiológico da Constituição⁹.

A discussão sobre o conteúdo dos direitos caracteriza a atividade política de Estado, mas o estabelecimento de parâmetros políticos de decisão aprofunda esta atividade ao superar o desacordo moral que envolve os direitos. Quando os enfrentamentos de ordem moral alcançam instâncias institucionalizadas de decisão, estes se depararam com uma orientação capaz de estabilizá-los. Para os casos em que ainda não exista em parâmetro de decisão já estabelecido, pode recair sobre a Corte a responsabilidade de instituí-lo. Estes parâmetros de decisão, por sua vez, poderão ser jurídicos ou políticos. O exemplo de uma analogia talvez esclareça como um parâmetro estritamente jurídico pode ser criado. As teorias interpretativas do direito, dos clássicos, passando pelos modernos e até aos contemporâneos, costumam elaborar métodos para a obtenção de tais parâmetros de decisão¹⁰. O fato de se buscar o *reasonable social aims* da lei ou da Constituição em determinado dispositivo, a *ratio legis* ou *mens legislatoris* indicam tentativas

⁷ Repare-se que, neste ponto, o termo “político” não é compreendido no interior da teoria de justiça anteriormente adotada. Rawls, por exemplo, articula a ideia de política tendo como base a defesa de princípios de justiça na atividade das instituições básicas da sociedade. Neste ponto específico do trabalho, preferiu-se utilizar um entendimento mais genérico sobre o termo “política”, podendo se aproveitar os conceitos rawlsianos de doutrinas morais, religiosas e filosóficas (RAWLS, 1993).

⁸ Sobre o caso *Ellwanger*, Cf. STF, Tribunal Pleno, HC 82.424/RS, julg. 17/09/2003, DJ 19/03/2004.

⁹ À época, encontrava-se muito difundida a seguinte ideia: “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado” (SARMENTO, 2000: p. 59-60).

¹⁰ A classificação acima foi utilizada em (SUNSTEIN/VERMEULE, 2002).

de se obter um parâmetro jurídico-normativo de decisão¹¹. Tais parâmetros, no entanto, não correspondem a uma ordem eminentemente jurídico-normativa. Ainda que, supostamente, “interna à norma”, não haja um atendimento expresso e indiscutível dentro do conteúdo normativo da respectiva fonte de direito, sugerindo estes serem exemplos de parâmetros políticos de decisão.

Um exemplo que se pode trazer, para esta conclusão, é a recente decisão do STF sobre uma das controvérsias da Lei do Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010). Esta lei de iniciativa popular, com o intuito de moralizar o processo eleitoral brasileiro determinou que alguns casos de condenação criminal por órgão colegiado impediriam a elegibilidade pelo prazo de 8 (oito) anos a contar do cumprimento das penas. A controvérsia girava em torno da presunção de inocência, uma vez que bastava a constatação de condenação por órgão colegiado, e não o trânsito em julgado da decisão. Foi estabelecido, após grande controvérsia, o seguinte parâmetro político de decisão: sanções legais não têm natureza jurídica de pena, escapando da proteção da presunção de inocência¹².

O comportamento ativista da Corte pode ser observado nos momentos de atuação criativa. Em uma perspectiva formal de atuação, compreende-se como comportamento ativista, aqui, uma prática em que não há a fria obediência à repartição de competências normativo-constitucional ou legal. Exclui-se desta análise a investigação sobre uma atividade *avant guard* como é comum se observar, em especial, nas obras autointituladas neoconstitucionalistas¹³. No que tange a esta maneira formal de avaliação, há um ponto, em especial, de fácil constatação: a atividade criativa do judiciário na instituição de normas genéricas e abstratas. Tradicionalmente, defende-se que as decisões judiciais devem ser particulares e concretas.

¹¹ A ideia de *reasonable social aims* é atribuída à obra (HART, 1961) e é criticada pelo artigo (SUNSTEIN/VERMEULE, 2002). As demais referências a *ratio legis* e *mens legislatoris* são tratadas na teoria clássica da interpretação, como vertentes teleológicas objetiva e subjetiva, respectivamente.

¹² Esta controvérsia foi estabelecida em julgamento conjunto de ações sobre a constitucionalidade da Lei do Ficha Limpa. Cf. STF, Tribunal Pleno, ADC 29/DF; ADC 30/DF; ADI 4578/DF, julg.conj. 16/02/2012, DJe 28/06/2012.

¹³ Para aprofundar uma compreensão sobre ativismo judicial e supremacia judicial no mesmo sentido, considerando, naquele, um comportamento que extravasa seus limites normativo-competenciais (aspecto formal de atividade) e, considerando, neste, um fenômeno concebido com base nos efeitos sistêmicos promovidos a partir da atividade do judiciário (aspecto substancial de atividade) (FARONI/RANGEL, 2012).

Recentemente, tem-se alegado, especialmente no Brasil, que as decisões do STF criam dispositivos normativos que inovam na ordem jurídica ou apresentam questões com natureza aditiva à ordem constitucional, e isto pode ser considerado como um comportamento ativista¹⁴. Os casos *Reserva Indígena Raposa Serra do Sol*, *células-tronco embrionárias* e *algemas* são exemplos de decisões ativistas¹⁵. No primeiro caso, a decisão que delimitou a reserva indígena estabeleceu a contrapartida de 19 (dezenove) sentenças de caráter aditivo¹⁶. No segundo caso,

¹⁴ Tradicionalmente, o termo inovar é tecnicamente aplicado para a decisão que cria, modifica ou extingue direitos e obrigações na ordem jurídica como um todo, não em uma concreta e específica relação ou vínculo jurídico, sendo, normalmente, atributo tipicamente da lei em sentido estrito e formal.

¹⁵ Para o caso *Reserva Indígena Raposa Serra do Sol*, Cf. STF, Tribunal Pleno, PET 3388/RR, julg. 19/03/2009, DJe 24/09/2009; para o caso *células-tronco embrionárias*, Cf. STF, Tribunal Pleno, ADI 3510, julg. 29/05/2008, DJ 27/05/2010; e, para o caso *algemas*, Cf. STF, Tribunal Pleno, HC 91952/SP, julg. 07/08/2008, DJ 18/12/2008 – além da Súmula-Vinculante nº 11 editada a partir daquela ocasião.

¹⁶ “(...) [O] Tribunal, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente a ação, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de nulidade do processo e, no mérito, declarava a ação popular inteiramente procedente, julgou-a o Tribunal parcialmente procedente, nos termos do voto do Relator, reajustado segundo as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinando que sejam observadas as seguintes condições: (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias

acerca da constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), a opinião minoritária do Min. Menezes Direito tentou estabelecer 6 (seis) sentenças regulamentadoras das pesquisas com células-tronco embrionárias¹⁷. No terceiro, questionando-se a constitucionalidade do uso de algemas previamente à condenação perante o princípio da não-culpabilidade, o STF regulamentou esta prática, editando, em seguida, súmula vinculante de mesma orientação, obrigando que toda a Administração Pública e Poder Judiciário a adote¹⁸.

O comprometimento com as decisões dos poderes eleitos leva em conta o respeito mantido pela ordem normativa em sua atividade. Há situações em que a legislação possui um vício sanável de constitucionalidade. Quando, a partir de então, a Corte toma uma providência que preserve a manutenção daquele diploma normativo no ordenamento jurídico, está aproveitando uma oportunidade de amenizar o caráter político de sua atividade.

de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento”. Cf. o *caso Reserva Indígena Raposa Serra do Sol*.

¹⁷ Trata-se de declarações parciais de inconstitucionalidades sem redução de texto e de efeitos modulados *ex nunc*, contendo proposições de cunho regulamentar como aprovação, controle e fiscalização pelo Ministério da Saúde das pesquisas. Em particular, (I) proibia a destruição do embrião; (II) a fertilização *in vitro* serviria para fins reprodutivos como meio subsidiário a outras técnicas, com o limite de 4 (quatro) óvulos por ciclo, vedado o descarte; (III) os *embriões inviáveis* corresponderiam à noção de insubsistente pela ausência de clivagem por mais de 24 (vinte e quatro) horas; (IV) a publicação da Lei de Biossegurança representaria um marco temporal para o mínimo de 3 (três) anos de congelamento; (V) o consentimento dos genitores informado, prévio, expresso e por escrito seria algo indispensável; e (VI) o Ministério da Saúde deveria aprovar os projetos de pesquisa.

¹⁸ A redação aprovada no Enunciado de Súmula Vinculante nº 11 é o seguinte: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

O Brasil possui alguns mecanismos de recorrente uso na jurisdição constitucional que servem de exemplo, pelo menos a princípio, para este comprometimento: a interpretação conforme a Constituição, a modulação de efeitos, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a sentença de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, a declaração de norma ainda constitucional, entre outros¹⁹.

O comprometimento com seus próprios precedentes possui uma relação muito próxima da ideia de previsibilidade da Corte. A primeira variável estabelece que a não utilização de fundamentos técnicos, ou seja, de fontes expressas e indiscutivelmente reconhecidas de direito, de modo predominante pode indicar a existência de certo caráter político na atividade do judiciário. Em relação aos precedentes da Corte, trata-se de uma especificação. Uma corte que não se preocupa em manter certa coerência em sua atividade parece flutuar sobre a dinâmica política-governamental – ou, até mesmo, lançada ao casuísmo. Por um lado, o zelo por seus próprios precedentes sugere a preservação de uma tradição de pensamento estável. Por outro lado, uma Corte que rotineiramente promove *overrules* oferece pouca previsibilidade aos seus jurisdicionados. Em suma, o primeiro lado sugere a existência de maior técnica do que o segundo ao respeitar seus próprios precedentes. A falta de compromisso com suas próprias decisões,

¹⁹ A interpretação conforme a Constituição é uma técnica que, nos últimos anos, passou a ser muito utilizada pelo STF, podendo ser aplicada sempre que, na constância de uma pluralidade hermenêutica na norma infraconstitucional, um dos sentidos for constitucional. Declara-se que, entre as possíveis compreensões, uma delas, mais compatível com a Constituição, prevalecerá como a orientação mais adequada da norma, sem que o dispositivo perca sua validade. A modulação de efeitos é uma técnica que, apesar de prevista somente para o controle de constitucionalidade abstrato, o STF compreende que esta seja uma técnica de todo o controle de constitucionalidade, de acordo com entendimento liderado pelo Min. Gilmar Mendes. Neste sentido, (MENDES, et. ali., 2009). A modulação de efeitos é prevista no art. 27 da Lei nº 9868 de 1999, a Lei do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Por meio desta técnica, na vigência de inconstitucionalidade de norma infraconstitucional, a decisão pode modular seus efeitos no tempo caso a declaração de inconstitucionalidade puder ensejar grande insegurança jurídica ou relevante desinteresse social. A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é uma técnica defendida desde 1949 por Lúcio Bittencourt, em que a decisão determina quais as categorias da sociedade serão destinatárias da aplicação da norma e quais não serão (BITTENCOURT, 1949). A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (ou de eficácia restrita) é uma técnica vinculada para casos de omissão legislativa, aplicando-se quando um avanço normativo considerável é inconstitucional, mas a supressão de sua validade é fator prejudicial ao plano social, devendo a autoridade de quem emanou a norma ser convocada a se pronunciar em prazo razoável no sentido de superar a inconstitucionalidade. A declaração de norma ainda constitucional é uma técnica elaborada pela prática do STF no sentido de permitir a ocorrência de uma inconstitucionalidade enquanto alguma outra situação relevante conexa se encontre em

portanto, manifesta indícios de uma característica inconstância, fornecendo-se indícios de se tratar de uma motivação mais política do que propriamente normativo-jurídica.

Ainda é difícil aplicar este fator à recente democracia constitucional brasileira para verificar avanços e retrocessos na jurisprudência do STF. Pode-se afirmar, no entanto, que, com o passar do tempo, a Corte foi perdendo sua ideologia conservadora de forma significativa, a exemplo da consolidação do direito de greve dos servidores públicos federais equiparados aos profissionais da esfera privada, até que se edite lei específica sobre a matéria²⁰.

Em síntese, considerar que uma Corte Constitucional exerce atividade política compreende a maneira com que suas decisões são fundamentadas, a natureza dos parâmetros de decisão que estabelecem, o comportamento ativista mantido e o comprometimento com a ordem legal estabelecida e com seus próprios *standards* decisórios. O STF pode ser observado, desta maneira, como uma instituição política, pois tem fornecido exemplos de decisões fundadas em motivações políticas; em certos momentos, estabelece parâmetros políticos de decisão; e manteve um marcante comportamento ativista nos últimos anos. Sua atividade, porém, também é caracterizada por alguns exemplos de comprometimento com a ordem normativa, pois seu complexo quadro de técnicas de jurisdição constitucional evita, pelo menos a princípio, a supressão da validade de um grande número de leis e estatutos normativos. Parece não ser possível, no presente momento, investigar se o STF mantém um considerável comprometimento com suas próprias decisões, uma vez que a experiência constitucional democrática brasileira é ainda curta. O que se extrai da análise destes fatores é que o STF tem se inserido em uma atuação política, desviando-se da esfera de legalidade em sua atividade para seguir em direção à esfera de legitimidade²¹.

desenvolvimento e dependa desta inconstitucionalidade. Sobre esta técnica, Cf. STF, Tribunal Pleno, HC 70.514, julg. 23/03/1994, DJ 27/06/1997.

²⁰ Esta mudança jurisprudencial pode ser vista no julgamento de Mandados de Injunção como STF, Tribunal Pleno, MI 670/ES; MI 712/PA, entre outros, julg. 25/10/2007, DJ 30/10/2008.

²¹ Compreende-se *esfera de legitimidade* de acordo com a concepção habermasiana de *tensão interna* existente no conceito de Direito moderno. Adota-se, nesta perspectiva dualística, a possibilidade de a legitimidade ser encontrada, pelo menos a princípio, em dois elementos distintos: a normatividade e a faticidade. Tal ideia de tensão é marcante em (HABERMAS, 1996). Para uma passagem mais sintética, Cf: “(...) our understanding of modern law: we consider the validity of a legal norm as equivalent to the explanation that the state can simultaneously guarantee

IV. TRÊS ASPECTOS SOCIOLÓGICOS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Existem alguns fatores que permitem afirmar, de forma mais rigorosa, que uma Corte exerce atividade de caráter político e, com base nos fatores adotados acima, o STF pode ser compreendido como exemplo disto. A avocação de certas prerrogativas e poderes na ordem constitucional, porém, repercute, necessariamente, na assunção de responsabilidades democráticas atribuídas àquelas instituições originalmente encarregadas de seu exercício²². Portanto, quando uma Corte atua politicamente e avança sobre demandas de ordem social que, a princípio, recaíam sobre outras instituições, podem surgir dificuldades no plano legitimatório sobre sua atividade. Nestes casos, a esfera de legalidade está sendo lançada ao pano-de-fundo da atividade institucional. Tal esfera se presume como suficiente para legitimar a atuação de uma Corte Constitucional, ou seja, as possibilidades de questionamento da legitimidade da atividade institucional são reduzidas quando o exercício se faz com respaldo desta esfera de legalidade. À

factual enforcement and legitimate enactment – thus it can guarantee, on the one hand, the legality of behavior in the sense of average compliance, which can if necessary be compelled by sanctions; and, on the other hand, the legitimacy of the rule itself, which must always make it possible to comply with the norm out of respect for the law” (HABERMAS, 1998: p. 255). Em última instância, o que se apresenta como critério central de reconhecimento da legitimidade é a presença de um fator estabilizador da ordem política. Desta maneira, quando se considera o desvio da esfera de legalidade em busca da legitimidade, deve-se compreender que as demandas sociais que ensejam este desvio evidenciam a instabilidade da ordem social e política. Por isto, mesmo agindo externamente à esfera legal, o enfrentamento e superação destas dificuldades do plano fático são questões sensíveis à ordem da legitimidade política. Neste sentido, Cf. “Legitimacy is considered a measured for stability, for the legitimacy of the state is objectively measured by the facto recognition on the part of the governed. Such legitimacy can range from mere toleration to free consent (*Zustimmung*). Here the consent that creates legitimacy is based on subjective reasons that claim to be valid inside the currently accepted ‘ideological frames’; but these reasons resist objective assessment. One legitimation is as good as another, so long as it sufficiently contributes to stabilizing a giving political order. According to this view, even a dictatorship must be considered legitimate so long as a socially recognizes framework of legitimation enables the government to remain stable. From this perspective of the theory of power, the quality of the reasons are without empirical significance” (HABERMAS, 1996: p. 290).

²² Adota-se, aqui, uma compreensão rawlsiana de *instituições básicas da sociedade*, que corresponde aos principais arranjos políticos, econômicos e sociais responsáveis pela distribuição de bens e direitos num determinado Estado, de acordo com o seguinte trecho: “that a democracy is marked by the fact of pluralism as such is not surprising, for there are always many unreasonable views. But that there are also many reasonable comprehensive doctrines affirmed by reasonable people may seem surprising, as we like to see reason as leading to the truth and to think of truth as one (...) The parties must always guarantee the basic rights and liberties of those for whom they are trustees. If they suppose reasonable pluralism obtains, they know that most of these liberties may already be secure as things are, but even if they could rely on that, they would for reasons of publicity select the two principles of justice, or similar principles” (RAWLS, 1993: p. 63-64).

medida que a Corte passa a atender demandas sociais, atuar politicamente e assumir responsabilidades democráticas atribuídas a outras instituições, desviando daquela órbita, passam a se exigir novos fatores que a aproxime de uma esfera de legitimidade na ordem democrática. Tal aproximação pode ser alcançada com base em três aspectos sociológicos em sua atividade.

O primeiro aspecto sociológico de uma Corte política capaz de promover esta aproximação da esfera de legitimidade se relaciona às causas desta atividade política. Os motivos que ensejam o exercício de responsabilidades democráticas alheias à Corte devem corresponder a demandas de ordem social. Nem toda razão repercutirá como um fator legitimatório desta atividade política. A falta de efetividade na garantia e promoção de direitos básicos e concretização de normas constitucionais, porém, pode ser considerado como um aspecto sociológico capaz de aproximar esta atuação política da Corte da esfera de legitimidade. A existência de demandas neste plano pode ser um indicativo de que o modelo de separação de poderes e a distribuição de competências não estejam sendo capazes de atender as necessidades públicas constitucional e legalmente previstas. Em suma, trata-se de uma insuficiência dos arranjos institucionais existentes em promover suas responsabilidades e consolidar uma sociedade justa e equilibrada através de direitos de igualdade e de diferença²³. Tais dificuldades permitem que demandas sociais promovam uma espécie de redesenho da ordem institucional, de modo que direitos básicos e normas constitucionais possam obter sua efetivação no plano fático por outros mecanismos como a atividade política da Corte.

O segundo aspecto sociológico capaz de promover esta aproximação da esfera de legitimidade se relaciona à tomada de decisão. É preciso que os fatos sociais ínsitos aos acontecimentos que ensejaram a atuação política sejam reconhecidos, na Corte, de forma

²³ Neste momento, a referência é direta aos princípios de justiça de John Rawls: o princípio da igualdade e o da diferença. *A justiça como equidade* organiza a estrutura básica da sociedade com base nestas duas diretrizes de atividade. Por um lado, o primeiro princípio sustenta que todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, em que somente as liberdades políticas têm seu valor equitativo garantido. Por outro lado, o segundo sustenta que as desigualdades sociais e econômicas devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições equitativas de oportunidades, além de representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. Para uma visão revisada da teoria da justiça como equidade, com um viés político-filosófico (RAWLS, 1993).

determinante para este procedimento²⁴. Por mais que uma demanda social promova certa aproximação da esfera de legitimidade desta atuação política da Corte, exige-se que a própria decisão se baseie nesta situação fática no desempenho da atividade. Isto significa que, se a atividade política foi motivada por uma carência de direitos básicos, a decisão deve seguir no sentido da promoção destes direitos necessariamente, nunca em direção ao retrocesso ou à manutenção desta condição no sistema de direitos²⁵. Do contrário, é possível afirmar que se estaria rompendo com a responsabilidade democrática assumida. O poder constitucional avocado por esta atividade política é acompanhado deste dever na ordem democrática, de modo que atuar em sentido contrário corresponde a um afastamento da esfera de legitimidade. Portanto, o exercício desta atividade política deve atender ao quadro fático que lhe deu ensejo e, se este ensejo remonta a demandas por efetivação de direitos, os fatos sociais que lhe compõem devem ser adotados como as circunstâncias determinantes para a tomada de decisão. Isto impede que a Corte adote um posicionamento em sentido contrário à efetivação.

O terceiro aspecto sociológico da Corte política se encontra no campo dos efeitos de sua própria atividade²⁶. Após a assunção da responsabilidade democrática e já tomada a decisão fundada no quadro fático que lhe deu ensejo, o trajeto de aproximação da esfera de legitimidade

²⁴ *Fato social* é um termo cunhado pelo sociólogo francês Émile Durkheim. Esse conceito foi essencial à definição de um objeto científico para a Sociologia enquanto fatos gerados a partir da vida em sociedade. São elementos do fato social a generalidade (são fatos que ocorrem para a coletividade, não para um indivíduo específico), a externalidade (são fatos gerados em um plano exterior aos indivíduos e independentes de suas consciências) e a coercitividade (elemento relativo aos padrões de cultura, que são fortes o suficiente para compelir os indivíduos a cumpri-los) (DURKHEIM, 1995).

²⁵ A noção de *system of rights* está presente regularmente na visão de Habermas e alguns outros grandes juristas sobre o Direito (HABERMAS, 1996: p. 104/122). Conforme a configuração estabelecida por Habermas, há 5 (cinco) categorias de direitos básicos. As três primeiras correspondem aos direitos de livre escolha e autonomia privada – liberdades negativas básicas, direitos de cidadania e garantias processuais. As primeiras categorias, no entanto, não pode ser devidamente concretizada se, anteriormente, não se concretizar a quarta categoria do sistema, a dos direitos de participação política. Isto porque sem concretizar uma boa participação política, todos os direitos fundamentais da autonomia privada ficam no campo do paternalismo, em detrimento do autogoverno da comunidade. A quinta categoria de direitos básicos, porém, é pressuposta para a real efetivação de todas as demais. Os direitos de bem-estar social formam uma categoria que representa os direitos referentes às condições materiais mínimas de existência, indispensáveis a um pleno exercício da autonomia privada e da participação política.

²⁶ A perspectiva institucional da teoria constitucional conta com uma contribuição no campo dos *efeitos sistêmicos*. Para um roteiro das teorias interpretativas que não admitiam, em seus métodos, questões institucionais como os efeitos sistêmicos, (SUNSTEIN/VERMEULE, 2002).

se completa, finalmente, quando efeitos de ordem prática podem ser observados desta atuação política da Corte. Este terceiro aspecto pode ser compreendido através de duas perspectivas.

Na primeira, a alteração fática alcançada nesta atividade política deve ser o principal objetivo da Corte no momento em que é assumida a responsabilidade. Isto reforça a ideia de que esta reconhece em si mesmo um papel democrático. As instituições, em geral, devem reconhecer qual é sua função na ordem democrática, sobretudo no caso de uma Corte Constitucional. O parâmetro estabelecido como norte de sua atividade precisa estar relacionado ao desenvolvimento da estrutura de sociedade em que se encontra, estabilizando a ordem política. Quando as demandas sociais apontam a necessidade do redesenho da ordem institucional, há um exercício da cultura pública de controle das funções que estão sendo desempenhadas na esfera estatal²⁷. Isto significa que a ordem constitucional se encontra em momento de pressão, aumentando sua responsabilidade democrática. Quando a Corte assume tais responsabilidades, precisa ter como principal objetivo a superação destas dificuldades reais em que se encontra a estrutura de sociedade, sobretudo, em benefício das gerações futuras.

Na segunda, o sucesso destas alterações no plano fático por parte da atuação política da Corte promove o reconhecimento de sua atividade perante as demais instituições e os cidadãos. O reconhecimento público desta atividade é um fator que auxilia a aproximação da esfera de legitimidade, pois concorre para a justificação de um correto desvio da esfera de legalidade. À medida que este reconhecimento cresce, é fortalecido o papel democrático da Corte no exercício da atividade política. Trata-se de uma repercussão de natureza reflexiva, em que a Corte é destinatária dos próprios efeitos gerados a partir de sua decisão na sociedade.

Quando se admite que a atividade política traz consigo responsabilidades democráticas, pode-se afirmar que seu irregular desempenho e produção de efeitos sobre a ordem fática impedem a aproximação da esfera de legitimidade. A dificuldade que se encontra, nesta situação, é que a atividade da Corte pode não mais estar amparada pela esfera de legalidade que, a princípio, presumiria seu caráter democrático. O desvio da esfera de legalidade é uma questão

²⁷ Compreende-se a ideia de exercício de uma cultura pública sobre questões essencialmente constitucionais como algo ínsito ao conceito rawlsiano de razão pública. Para uma visão revisada do conceito, (RAWLS, 1999).

ligada intimamente ao aumento da responsabilidade democrática da Corte. A assunção destes deveres pode motivar o fortalecimento do reconhecimento público de seu papel democrático na estrutura de sociedade. Isto, não obstante, somente ocorre quando estes três aspectos sociológicos são observados em sua atividade política. As dificuldades geradas com o desvio da esfera de legalidade exigem que a Corte adote mecanismos capazes de aproximar sua atividade da esfera de legitimidade e, somente então, o fortalecimento de seu papel democrático pode ser observado.

V. CONCLUSÃO

O presente artigo alcançou suas conclusões a partir de uma proposta de estudo dos aspectos sociológicos pertinentes a uma Corte Constitucional que atua politicamente. Com isto, as primeiras conclusões seguiram no sentido de que a relação entre o direito e a política é algo sensível ao desenvolvimento histórico que o instituto do *judicial review* observou desde sua criação. Durante a época da Corte de Marshall, quando era compreendido ainda como uma doutrina, seu alcance e influência eram muito reduzidos. Durante o século XX ganhou expressão, até que, em sua segunda metade, foi responsável por um período da Suprema Corte dos EUA reportado por alguns autores como uma supremacia judicial. Nos últimos anos, o *judicial review* tem sido exercido pela Suprema Corte dos EUA de forma mais contida, mas, quando observamos a jurisdição constitucional brasileira, é possível mencionar que o STF tem apresentado um desenvolvimento considerável em sua atividade.

Concluiu-se que a atuação política da Corte se caracteriza pelo desvio da esfera de legalidade em direção à esfera de legitimidade. Desta maneira, alguns fatores foram adotados para observar este desvio. O que tais fatores constatarem, ressalte-se, não é o alcance em si da esfera de legitimidade, mas o mero desvio da esfera de legalidade tentando seguir naquele sentido. Este desvio que caracteriza a atuação política da Corte pode ocorrer por, pelo menos, 5 (cinco) fatores: (I) a predominância de fundamentos políticos nas decisões; (II) a criação de parâmetros políticos; (III) a presença de um comportamento ativista; (IV) o comprometimento com decisões dos poderes eleitos; (V) o comprometimento com seus próprios precedentes.

Uma vez constatada a atuação política da Corte, foi possível estabelecer quais os aspectos capazes de promover a efetiva aproximação da atuação política da Corte da esfera de legitimidade. Concluiu-se que há três aspectos sociológicos indispensáveis a este trajeto: (I) a assunção desta atuação política deve ter sido provocada por uma demanda social por direitos básicos e concretização de normas constitucionais; (II) a tomada de decisão deve ser pautada nos fatos sociais da própria situação *l'he deu ensejo*; e (III) esta atuação política deve produzir efeitos relevantes na ordem fática, sendo esta produção de efeitos o principal objetivo da Corte e também responsável pelo fortalecimento de seu papel democrático na sociedade. A assunção da atividade política traz consigo responsabilidades democráticas. Seu irregular desempenho e produção de efeitos impedem a aproximação da esfera de legitimidade. A dificuldade enfrentada no plano democrático é o fato de a Corte ter se desviado da esfera de legalidade, que, a princípio, presumiria seu caráter democrático. Tal desvio amplia sua responsabilidade democrática. Em síntese, a atuação política da Corte, embora possa motivar o fortalecimento do reconhecimento público de seu papel democrático na estrutura de sociedade, carrega consigo severos encargos de ordem legitimatória.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITTENCOURT, Lúcio. (1949), *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro, Forense.
- BOHMAN, James. (2000), *Public deliberation: pluralism, complexity and democracy*. Cambridge, MA, The MIT Press.
- BOLONHA, Carlos. EISENBERG, José. RANGEL, Henrique. (2011), “Problemas Institucionais no Constitucionalismo Contemporâneo”. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Ano 5, nº 17, out./dez.
- BOLONHA, Carlos. RANGEL, Henrique. ALMEIDA, Máira. (2011), “John Rawls e as Instituições Democráticas”. *Revista JurisPoeisis*, Ano 13, nº 13, jan-dez.
- BOLONHA, Carlos. RANGEL, Henrique. (2011), “Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o judicial review”, in *Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*, Florianópolis, Fundação Boiteux.
- DIXON, Rosalind. (2011), “Weak-form Judicial Review and the American exceptionalism”. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, No. 348.
- DURKHEIM, Émile. (1995), *As regras do método sociológico*. 6º ed., Lisboa, Editorial Presença.
- FARONI, Fabrício. RANGEL, Henrique. (2012), “Perspectivas Institucionais sobre o Ativismo Judicial e a Supremacia Judicial”, in *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI*.
- GILLMAN, Howard. CLAYTON, Cornell. (1999), *The Supreme Court in American politics: new institutionalist interpretation*. Lawrence, Kansas University Press.
- GOODIN, Robert (ed.). (1996), *The theory of institutional design*. New York, Cambridge University Press.
- GRIFFIN, Stephen. (1999), *American Constitutionalism: From the Theory to Politics*. Princeton, Princeton University Press.
- _____. (2005) “The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights”, in *Arguing Marbury v. Madison*, Sanford, CA, Sanford University Press.
- HABERMAS, Jürgen. (1996), *Between facts and norms: contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by Willian Regh. Cambridge, MA, The MIT Press.

_____. (1998), *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*. Cambridge, MA, The MIT Press.

HALL, Kermit (ed.). (1999), *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. New York, Oxford University Press.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. (1997), “The *Charter* dialogue between Courts and Legislatures: or perhaps the *Charter of Rights* isn’t such a bad thing after all”. *Osgoode Law Review*, Vol. 35, 1.

MANSON, Alpheus. (1996), “Understanding Warren Court: judicial self-restraint and judicial duty”. *Political Science Quarterly*, Vol. 81, 4.

MENDES, Conrado. (2011), *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, Saraiva Editora.

MENDES, Gilmar et. ali. (2009), *Curso de Direito Constitucional*. 4º ed., São Paulo, Editora Saraiva.

NELSON, Willam. (2000), *Marbury v. Madison: the origins and the legacy of judicial review*. Lawrence, University Press of Kansas.

RAWLS, John. (1971), *A Theory of Justice*. Cambridge, MA, Harvard University Press.

_____. (1993), *Political Liberalism*. New York, Columbia University Press.

_____. (1999), “The Idea of Public Reason Revisited”, in Samuel Freeman (ed.), *John Rawls: Collected Papers*, Cambridge, MA, Harvard University Press.

SARMENTO, Daniel. (2000), *A Ponderação de Interesses na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris.

SHINAR, Adam. HAREL, Alon. (2011), *Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review*. Unpublished working paper. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1760963>. Acesso em: 1º de agosto de 2011.

SUNSTEIN, Cass. (1999), *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge, MA, Harvard University Press.

SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. (2002), “Interpretation and institutions”. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, No. 28.

THAYER, James. (1893), “The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law”. *Harvard Law Review*, Vol. 7, 3.

TUSHNET, Mark. (2009), “Against Judicial Review”. *Harvard public Law & Legal Theory Working Papers Series*, No. 09-20.

_____. (2006), “Popular constitutionalism as political law”. *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, 991.

_____. (2007), *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, Princeton University Press.

VERMEULE, Adrian. (2007), *Mechanisms of democracy: institutional design writ small*. New York, Oxford University Press.

VERMEULE, Adrian. (2011), “The Atrophy of Constitutional Powers”. *Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No. 11-07.

WILLIAM, Nelson. (2000), *Marbury v. Madison: the origins and legacy of Judicial Review*. Lawrence, KA, The University Press of Kansa.