

A “última palavra”, o poder e a história

O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro

JULIANO ZAIDEN BENVINDO

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. A harmonia e o conflito democrático. 3. O conflito, o discurso e a “última palavra”. 4. Entre o discurso e a história: as “verdades” e a “última palavra”. 5. A desmistificação da “última palavra”. 6. Conclusões.

1. Considerações preliminares

Queremos ser harmônicos e tentamos, de todas as formas, evitar o conflito. São palavras que parecem ressoar uma percepção um tanto difundida de que, em um contexto democrático, as diferenças devem ser amenizadas; os conflitos, solucionados; os diálogos, construídos. Nos vinte e cinco anos de nossa democracia, foi-se desenvolvendo a ideia de que, para a construção de uma sociedade pacífica, devemos canalizar nossas energias para algo que não seja perturbador de nossas certezas, desarranjador de nossas conquistas, provocador de nossas tristes lembranças. A democracia – entende-se – exige a harmonia de todos e de todas as instituições.

Este artigo nasce da compreensão contrária. Não há democracia sem perturbar nossas certezas, sem desarranjar nossas conquistas, sem provocar nossas tristes lembranças. A democracia somente é democrática porque reconhece a fragilidade de nossas certezas, os riscos de desarranjo de nossas conquistas, a necessidade de repensar e rediscutir nosso passado, mesmo quando nos traga tristes lembranças. E não há ingenuidade: a democracia convive com o conflito cotidiano. Por isso,

Juliano Zaiden Benvindo é professor de Direito Constitucional da Universidade de Brasília (UnB) e doutor em Direito Público pela Universidade Humboldt de Berlim (Alemanha) e pela UnB.

fazem-se urgentes a desmistificação de “verdades”, a desconstrução do discurso, o repensar a história.

Aqui se elegeu uma temática para a desmistificação, a desconstrução e o repensar a história. A metafísica que há por trás do dizer a “última palavra do Direito”, como ostentado amplamente pela jurisdição constitucional e, mais particularmente, pelo Supremo Tribunal Federal, precisa ser assim confrontada. Desmistificar, desconstruir e repensar essa fala em nossa história democrática é, portanto, o objetivo imediato deste artigo. Reconstruir a dimensão da cidadania é, por sua vez, seu propósito mediato. Quer-se tornar transparente o conflito que há na afirmação por poder, ao mesmo tempo que se quer defender que o poder, como “última palavra”, não o detém nenhuma instituição em uma democracia constitucional ou, como denomina nossa Constituição Federal, em um “Estado Democrático de Direito” (art. 1^º).

2. A harmonia e o conflito democrático

Há uma pressuposição generalizada de que as instituições brasileiras, como se observa em importantes democracias do mundo, devem se guiar pela máxima de que existe uma harmonia entre os Poderes e não pode haver um verdadeiro embate entre eles, sob risco de se colocarem em xeque os progressos até então alcançados desde o fim da ditadura de 64. Está escrito em nossa Constituição: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Art. 2^º). Assim, acredita-se, de antemão, que os Poderes serão mutuamente controlados e controladores. Harmonia, portanto, é a palavra que ressoa como um eco naturalizado, necessário, evidente. É esse o termo, afinal, que se aprende nas faculdades de Direito, que se explora nos meandros da política e que estabelece uma aura de tranquilidade necessária no tão complexo terreno das relações entre as distintas esferas de poder. Contudo, é preciso explorar um pouco mais essa premissa: o embate é, em si, algo que coloca em risco nossa democracia?

Na mais imediata rememoração de alguns pressupostos lançados no berço do constitucionalismo norte-americano, conforme se verifica nos fascinantes escritos de James Madison (2003) na obra *The Federalist*, particularmente no *Federalist 51*, a ideia central ali apresentada era a de que “*ambition must be made to counteract ambition*” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 138), uma conexão interessante entre a própria natureza humana, tendente a concentrar poderes, e os direitos constitucionais que se aplicam ao Poder em que tal pessoa se encontra. A competição – e não exatamente a harmonia – parece ser um recado que Madison (2003) já lançava como condição relevante para o denominado “*checks and ba-*

lances”. Aliás, a separação dos Poderes serviria como uma canalização da competição política – repito: competição política – em um sistema mais organizado, controlável e seguro de difusão de poderes. Não havia, portanto, ingenuidade na compreensão de Madison (2003) sobre como a natureza humana se comporta: poder tende a levar à concentração de mais poder e, assim, caminhar para a tirania. Por isso, não há como imaginar que exista harmonia quando a própria natureza humana, por mais que seja canalizada em um sistema institucional de controle mútuo, é marcada pela ambição de sempre querer mais.

Porém, a ingenuidade talvez tenha sido acreditar que um sistema autossustentável de controle mútuo pudesse se guiar por um embate de ambições marcadas por sua canalização em mecanismos do Direito Constitucional. A realidade, afinal, tem mostrado as insuficiências dessa proposta. Isso ocorre, em certa medida, porque vivemos outra época: Madison, afinal, acreditava que “a autoridade legislativa, necessariamente, predomina” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 137, tradução nossa), e Hamilton chegou a afirmar que “o judiciário, devido à natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso em relação aos direitos políticos da constituição” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 198, tradução nossa). Essas conclusões são de uma vivência diversa e qualquer tentativa de resgatá-las hoje poderia sofrer os riscos de um anacronismo altamente problemático. Apesar de todos esses problemas, o recado dos federalistas, sobretudo de Madison (2003), permanece: por que a harmonia se sobrepôs à inerente qualidade humana que ambiciona poder, tornando inevitável a competição política? Por outras palavras, por que temos tanto medo do conflito, quando ele parece inerente às pessoas e às instituições por elas guiadas? Na tentativa de atualizar para um termo tão em voga nos dias de hoje: por que falamos tanto em

diálogo institucional, quando a assombração de Madison parece estar sempre ali?

Harmonia, diálogo institucional são palavras mágicas, ressoam com uma beleza sonora que convence, persuade, acalma os ânimos. Talvez representem aquilo por que mais se anseia quando se trata de defender a estabilidade das instituições. Por outro lado, elas talvez escondam o que ocorre na prática, nos jogos inerentemente políticos – e, pois, marcados pelo desacordo em grande medida – que ocorrem entre os Poderes e dentro de cada um deles. Louis Fisher (1988), importante cientista político norte-americano, deixa muito claro que, se é para falar em “diálogo constitucional” – o título de um de seus livros, aliás, é *Constitutional Dialogues* –, isso se deve não a uma ingenuidade de crença de que cada um dos Poderes tem atribuições claramente definidas – como se o Judiciário meramente aplicasse o Direito, o Legislativo criasse o Direito e o Executivo executasse o Direito e as políticas públicas – e, portanto, facilmente dialogáveis entre si. O diálogo constitucional, assim como ele o denomina, está, na verdade, na compreensão de que o constitucionalismo democrático é marcado por uma ampla interação entre os diferentes Poderes e, sobretudo, pelo reconhecimento do caráter nitidamente político de todos eles, respeitando-se, naturalmente, suas diversidades nesse aspecto (FISHER, 1988). Assim, por exemplo, é altamente falacioso acreditar que o Judiciário é meramente um Poder técnico e, desse modo, alheio à política, aos jogos de poder, como se o âmbito do Direito discutido pelos tribunais fosse o local da sabedoria, da dignidade interpretativa, da racionalidade, enquanto da política seria um mundo sombrio, imprevisível, caótico e irracional. Do mesmo modo, a partir de exemplos vários, fica nítido o quanto as influências do ambiente social, dos *lobbys*, dos demais Poderes transformam a

própria compreensão do que normalmente se associa à atividade judicante, que avança cada vez mais para um propósito de criação do Direito em abstrato e também de estabelecimento de políticas públicas, em decisões que o aproximam das funções típicas dos demais Poderes.

Obviamente, todo esse movimento, como já aqui salientado, é caracterizado por um amplo espectro de controvérsias, desacordos e disputas. Se é, portanto, para falar em diálogo, deve-se ter em mente que o diálogo é, no mínimo, bastante acalorado e envolve práticas não tão românticas como as usualmente retratadas nas relações entre nossos diferentes Poderes. Mais particularmente, envolve um espaço por afirmação de poder – alerta já feito, aliás, por Madison –, que exige um contínuo rearranjo argumentativo, de modo a não desestabilizar institucionalmente nossa democracia. É claro que a história mundial tem vários exemplos de conflitos entre Poderes que acabaram gerando instabilidades institucionais sérias e estabelecendo ditaduras, mas também tem exemplos de conflitos que, embora contínuos, arrefeceram e consolidaram ainda mais o arranjo estável entre os Poderes. Alguns autores naturalmente vão discordar, de algum modo, da perspectiva de que esses desacordos, muitas vezes caminhando para um avanço da supremacia do Judiciário, são estabilizadores e consolidadores de democracias (WALDRON, 1999), mas outros entenderão que, por mais que se critique o avanço do Judiciário no âmbito de tais desacordos políticos, existe uma certa aceitação social desse seu novo papel (FRIEDMAN, 2009, p. 9) ou mesmo que tais acordos, que deram ensejo a uma certa supremacia do Judiciário, são, em grande medida, frutos de arranjos políticos para o próprio benefício dos políticos (WHITTINGTON, 2007).

A pergunta, portanto, que se apresenta é: como imaginar o arranjo institucional entre os diferentes Poderes – seja ele interpretado

como uma contínua competição e um forte desacordo, seja como um diálogo (embora aqui se trate de um diálogo ciente das disputas por poder) –, diante dos desafios que se lançam em um contexto de consolidação de uma democracia constitucional como a brasileira? Somos, afinal, uma democracia constitucional jovem, repleta ainda de experimentalismos institucionais que precisam ser elucidados e discutidos. Saber, portanto, como deveriam “dialogar” os diferentes Poderes é um tema que enseja importantes reflexões. Naturalmente, essa discussão extrapola em demasia os propósitos deste artigo, mas já é possível antecipar ao menos um debate relevante. É preciso imaginar como tais competições entre os Poderes, já mencionadas por Madison (2003), não se revelem, em último grau, mecanismos usurpadores do poder. Surge, dessa instigação, o alerta de como manter a cidadania, que é condição da democracia, diante de um “querer mais poder” que se dá nessa visível competição entre os Poderes.

Para tanto, faz-se necessário desmistificar certas “verdades” usualmente consagradas pela literatura jurídica e pelos discursos manifestados pela doutrina e pelos próprios atores políticos. O discurso, afinal, diz muito desse caminhar em prol de um espaço de atuação cada vez mais amplo e é preciso, em sintonia com o alerta aqui lançado, constatar até que ponto não se está, na verdade, desestruturando o exercício da cidadania e, por consequência, da democracia. O questionamento caminha para visualizar, do conflito, uma possível compreensão do que queremos ser na qualidade de democracia constitucional, malgrado hipoteticamente mais consolidada por uma experiência e um aprendizado de idas e vindas e, do mesmo modo, de riscos – sempre presentes – de arbitrariedades antidemocráticas praticadas por cada um dos Poderes. O propósito é entender os limites de uma realidade que se quer dizer democrática

e, para tanto, o primeiro passo é ter ciência de sua própria fragilidade. Uma fragilidade, aliás, que se inicia no discurso e perpassa nossa história.

3. O conflito, o discurso e a “última palavra”

Gostaria de começar este tópico lançando uma instigação que se encontra na potencialidade conflitiva do discurso. Mais do que o ato em si – também já fortemente carregado dessa qualidade conflitiva –, as palavras são capazes de levar ao ápice a percepção do que ocorre no âmbito da afirmação de poder. Não são poucos os exemplos, mas basta enfatizar alguns marcantes para esse fim. Nesse intuito, vale resgatar um episódio bastante recente, que explicita, já em demasia, muito do que se pretende desenvolver neste artigo.

Em decisão altamente polêmica, na qual se discutia a constitucionalidade de um projeto de lei que apresentava novas regras partidárias e havia sido aprovado há pouco pela Câmara dos Deputados (PL nº 4.470/2012), o Ministro Gilmar Mendes, monocraticamente, usa os seguintes termos em sua decisão liminar: “Essa interferência seria ofensiva à lealdade da concorrência democrática, afigurando-se casuística e direcionada a atores políticos específicos” (BRASIL, 2013^a). São termos fortes: interferência, ofensa e casuismo. Em uma única sentença, o Ministro Gilmar Mendes acusa a Câmara dos Deputados de agir *casuisticamente*, sobretudo porque a deliberação parlamentar se teria dado de forma incomumente célere, e ainda de ter se direcionado em favor de certos “atores políticos específicos”. Segundo ele, a “extrema velocidade de tramitação do mencionado projeto de lei – em detrimento da adequada reflexão e ponderação que devem nortear tamanha modificação na organização política nacional” – (BRASIL, 2013^a) seria motivo suficiente para, ao menos, suspender a tramitação do projeto de lei.

Independentemente de se visualizar aqui a questão propriamente material da constitucionalidade, essas palavras precisam ser mais cuidadosamente examinadas, uma vez que, afinal, dizer que os deputados agiram casuisticamente, sem a “adequada reflexão e ponderação”, suscita o questionamento dos limites do controle exercido pela jurisdição constitucional. Será realmente competente o Supremo Tribunal Federal para suspender a tramitação de um projeto de lei com base em tais argumentos?

Logo em seguida a essa decisão, era de se esperar que houvesse alguma reação da comunidade acadêmica. Em artigo publicado no jornal *Valor Econômico*, o professor de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo Virgílio Afonso da Silva (2013) foi direto: “a decisão do ministro Gilmar Mendes (...) é algo que parece não ter paralelo na história do STF e na experiência internacional”. E disse mais:

“Ao bloquear o debate sobre as novas regras partidárias, Gilmar Mendes simplesmente decidiu que o Senado não poderia deliberar sobre um projeto de lei porque ele, Gilmar Mendes, não concorda com o teor do projeto. Em termos muito simples, foi isso o que aconteceu. Embora em sua decisão ele procure mostrar que o STF tem o dever de zelar pelo ‘devido processo legislativo’, sua decisão não tem nada a ver com essa questão. Os precedentes do STF e as obras de autores brasileiros e estrangeiros que o ministro cita não têm relação com o que ele de fato decidiu. Sua decisão foi, na verdade, sobre a questão de fundo, não sobre procedimento. Gilmar Mendes não conseguiu apontar absolutamente nenhum problema procedimental, nenhum desrespeito ao processo legislativo por parte do Senado. O máximo que ele conseguiu foi afirmar que o processo teria sido muito rápido e aparentemente casuístico. Mas, desde que respeitadas as regras do processo legislativo, o quão rápido um projeto é analisado é uma questão política, não jurídica. Não cabe ao STF ditar o ritmo do processo legislativo” (SILVA, 2013).

Não é de se estranhar a reação de Virgílio Afonso da Silva. A decisão do Ministro Gilmar Mendes retrata bem o quão capaz é o discurso de revelar uma ânsia pela expansão de poder, a ponto de permitir, por exemplo, o controle, pela jurisdição constitucional, do ritmo do processo legislativo como critério de aferição de constitucionalidade. Além do mais, é tão flagrantemente interventiva, que qualquer argumentação de ter sido ela uma decisão independente, não política ou meramente preocupada com questões procedimentais parece não se sustentar ao menor crivo da crítica. Destaca-se, com toda a força, o elemento conflitivo que se estabelece entre o Judiciário e o parlamento, especificamente na esfera de demarcação dos limites da atuação de cada um desses Poderes. Ao mesmo tempo, expõe-se que o desenhar dessa conexão entre os Poderes parece ser bem mais conturbado do que qualquer afirmação de harmonização entre eles.

Apesar da potência conflitiva das palavras do Ministro Gilmar Mendes, não foram elas o foco de ampla divulgação pela imprensa exatamente naquela semana. Do outro lado da Praça dos Três Poderes, a Câmara dos Deputados, por intermédio de sua Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), havia, naquele mesmo dia, aprovado a Proposta de Emenda à Constituição nº 33 (PEC nº 33/2011), a qual trazia, entre vários aspectos, uma normatização que limitava a atuação do Supremo Tribunal Federal¹ em diferentes âmbitos. A reação foi imediata. Não foram poucas as vozes que sustentaram uma nítida ofensa à separação

¹ Particularmente, os principais aspectos da PEC nº 33/2011 se voltam para o controle das súmulas de efeitos vinculantes proferidas pelo STF, a exigência de 4/5 de votos do tribunal para a declaração de inconstitucionalidade e, o mais polêmico, a possibilidade de revisão, pelo Congresso Nacional, de decisão declaratória de inconstitucionalidade material tomada pelo STF, desde que: 1) o Congresso rejeite a decisão do STF por intermédio de 3/5 de seus membros; e, conjuntamente, 2) a decisão do Congresso seja aprovada pela população em referendo.

de Poderes e aos mais basilares princípios do constitucionalismo democrático. Por outro lado, diferentemente do caso anterior, houve ampla divulgação pela imprensa. Em um exercício curioso de antecipação de possível exame de mérito, visto que poderá ser levado a julgar a questão no próprio tribunal (aliás, a matéria está para julgamento no STF²) (BRASIL, 2013b, 2013c), o Ministro Gilmar Mendes disse que, se aprovada, “é melhor que se feche” o tribunal e que “não há nenhuma dúvida, ela é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles [CCJ] rasgaram a Constituição” (SELIGMAN, 2013). Por sua vez, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Joaquim Barbosa, em nota à imprensa, declarou: “Por que alterar isso agora, em pleno século 21? Essa medida, se aprovada, fragilizará a democracia brasileira” (SELIGMAN, 2013). Mas foi o Ministro Marco Aurélio de Mello que arrematou a questão com o ar de autoridade, de afirmação do verdadeiro poder da corte constitucional: “Nós temos um sistema em que se verifica o primado do Judiciário. A última palavra não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição é o Supremo”. Afinal, “o que implica essa proposta? O afastamento de uma cláusula pétrea, que é a separação de Poderes da República. Harmonia e separação dos Poderes da República” (O ESTADO DE S. PAULO, 2013). Além de enfatizar a tão sonhada harmonia, deixa claro que a “última palavra” compete ao Supremo Tribunal Federal. Desse modo, toda a movimentação em torno da aprovação da PEC nº 33/2011 parece ser uma “retaliação” do Congresso à atuação do STF.

²O pedido liminar foi, contudo, indeferido pelo Ministro Dias Toffoli, em decisão proferida em 10 de maio de 2013.

É até irônico, nesse contexto, ver estampadas nas notícias as palavras do Ministro do STF Ricardo Lewandowski de que, nesse caso, os “poderes são independentes e harmônicos entre si” (CALGARO, 2013) e, do mesmo modo, o Presidente da Câmara dos Deputados, Henrique Eduardo Alves, dizer que “essa Casa não quer conflito (...) Vamos ter um diálogo aberto e franco com o Poder Judiciário” (CALGARO, 2013). Tanto a palavra “harmonia” como “diálogo” parecem soar descontextualizadas nesse cenário. Contudo, o mais interessante, o que pouco é analisado, é entender que, por trás dessas palavras – e, particularmente, da forma como ambos os casos foram trabalhados na imprensa e na doutrina –, existe uma preconcepção bastante problemática sobre os limites e as características dos diferentes Poderes. Se as palavras do Ministro Gilmar Mendes, no primeiro caso, soam tão diretas e intervenientes quanto as do segundo, é de se indagar o porquê de elas terem sido tão menos expostas à conclusão de interferirem diretamente na separação de Poderes e nos princípios democráticos como o segundo caso. Em outras palavras: se a decisão decorre de um ato de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, por mais polêmica que ela possa revelar-se, existe uma ideia de que, ao menos, ela se originou de um juízo refletido, calculado, devidamente fundamentado e racional – e que, portanto, como “último a dizer o direito”, o Supremo Tribunal Federal, aqui representado por um de seus Ministros, não fez outra coisa senão seu mais estrito dever. Por outro lado, o desenho que imediatamente se pinta a respeito da PEC nº 33/2011, fruto de uma decisão parlamentar, é o de uma nítida ação política atentatória dos mais relevantes princípios democráticos e do maior sinal de uma reação política – e, portanto, irracional, desarrazoada, inconsequente – a um agir natural e correto do Supremo Tribunal Federal. De um lado, a

decisão judicial é o espelho da racionalidade e da justificação coerente; do outro, a decisão política é o resultado da irracionalidade e de interesses mesquinhos e injustificáveis sob as bases do constitucionalismo democrático. O conflito, portanto, não se dá apenas no nível da ação; ele atinge, sobretudo, o próprio discurso.

Muito dessa discussão decorre de uma percepção diferenciada em termos do papel de cada um dos Poderes. É claro que ninguém está defendendo uma visão ingênua de que o Parlamento somente faz política e o Judiciário somente aplica o Direito. Todos sabemos que política e Direito não são mundos inteiramente diversos e independentes e temos ciência, por outro lado, de que eles tampouco se confundem (DWORKIN, 2005, p. IX). Mas é interessante perceber que há, sim, uma pressuposição generalizada de que o desacordo político sobre direitos, que é o que está em discussão em ambos os casos anteriormente indicados, parece mais legitimamente – ao menos no que se refere ao respeito aos princípios mais centrais do constitucionalismo democrático – resolvido pelo Judiciário. Em ambas as situações, a questão era fortemente política, mas a repercussão dada à atuação do Parlamento no segundo caso foi especialmente destacada em comparação à dada à decisão antes tomada pelo Ministro Gilmar Mendes³. Além do mais, as justificações apresentadas, especialmente no segundo caso, procuraram demonstrar o quão antidemocrática, o quão ofensiva à harmonia dos poderes era a proposta aprovada pela Câmara dos Deputados. Do mesmo modo, a imprensa e as falas dos Ministros do STF acima transcritas destacaram o inerente aspecto político da decisão

parlamentar, agora qualificada de “retaliação”⁴. Reforçou-se a preconceção de que o espaço da política, próprio do parlamento, volta-se para os interesses mais mesquinhos e pessoais. No caso, a associação imediata à noção de uma retaliação do parlamento à atuação crescente do STF em temas sensíveis, tal como a própria decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes aqui examinada, foi interpretada como um sinal típico de um agir antidemocrático e desastroso em relação às conquistas alcançadas desde a democratização.

Aqui aparece a conexão que se fará entre o discurso e a história. A pressuposição de que o desacordo político sobre direitos pode ser mais corretamente decidido por uma corte de justiça, no caso pelo Supremo Tribunal Federal, não é, obviamente, tranquila. Muitas vezes, como já defendi em outra oportunidade (BENVINDO, 2010, p. 83), essa percepção é consequência de um processo de transição de um período autoritário para um período que se quer fazer democrático, sobretudo quando se tem um vácuo de legitimidade discursiva no terreno dos direitos. Esse sintoma também foi sentido, em alguma medida, em outras realidades, como se observou na democracia alemã, que caminhou para a consolidação de um tribunal constitucional que age como superego da sociedade (MAUS, 1989), ou como um forte órgão centralizador de questões constitucionais, exatamente com o intuito de evitar qualquer intento antidemocrático, especialmente quando os demais Poderes assim fracassaram no passado (FANGMANN, 1979, p. 233), ou mesmo como uma corte que

³ Saliente-se que a reação à decisão do Ministro Gilmar Mendes desenvolveu-se, especialmente, no âmbito acadêmico e de modo escasso, como se observou na passagem anteriormente transcrita de Virgílio Afonso da Silva.

⁴ Vale destacar que houve também, especialmente pela imprensa, uma tentativa de associar a aprovação da PEC nº 33/2011 ao julgamento pelo STF da Ação Penal nº 470, vulgarmente conhecida como “Julgamento do Mensalão”, que, naturalmente, traz consigo fortes apelos políticos. Apenas não foi dada ênfase ao fato de que a PEC nº 33/2011, como a própria numeração já indica, foi proposta em 2011, em data, portanto, anterior ao início do referido julgamento.

surge de “uma típica reação institucional a uma experiência totalitária” (MÖLLERS, 2011, p. 285, tradução nossa). Mas também existe uma questão mais estrutural a ser investigada. É que a própria compreensão de que a corte constitucional tem a “última palavra”, como bem salientou o Ministro Marco Aurélio, ou de que certas questões de direitos, mesmo que se refiram a aspectos próprios do desacordo político (como se deu, em certa medida, na decisão do Ministro Gilmar Mendes), são mais bem decididas pelo Judiciário é ontologicamente problemática.

Com esse propósito, há farta literatura a respeito da defesa de que o local do desacordo sobre direitos deve ser trabalhado pelo parlamento de forma mais legítima (WALDRON, 1998; 1999; 2006; TUSHNET, 1999). Aqui se apresenta toda uma necessidade de desmistificar o Judiciário e resgatar uma legitimidade perdida do parlamento. Waldron, por exemplo, chega a afirmar que os filósofos do direito “estão intoxicados pelas cortes e cegados para tudo o mais em função dos prazeres da jurisdição constitucional” (WALDRON, 1999, p. 9, tradução nossa) e, por isso, defende que as “cortes são também um fórum para tomar decisões sociais em um contexto de desacordo, mas, embora tenham muitas vantagens, não são necessariamente as mais representativas ou as mais respeitadoras das vozes divergentes na comunidade” (WALDRON, 1999, p. 16, tradução nossa). Tushnet (1999), por sua vez ainda mais radical, escreve um livro cujo título clama por retirar a Constituição das cortes (*Taking the Constitution Away from the Courts*).

A polêmica, porém, estende-se e atinge a questão da “última palavra”, como antes ressaltado. São várias as abordagens possíveis. Podem ser encontradas análises, por exemplo, que vão ao âmago da matriz filosófica que se dá no entrosamento entre constitucionalismo e democracia e tenta dali extrair uma perspectiva procedimental que se constrói por intermédio de uma racionalidade discursiva (HABERMAS, 1998); ou outra, ainda mais radical, ao fazer uma belíssima desconstrução das bases do discurso de soberania (DERRIDA, 2002, p. 45-54; 2008). Nesse aspecto, a grande questão é como atacar ou desconstruir a metafísica ou o logocentrismo que está intrincado nesse debate e, mais diretamente, nas ações coordenadas a partir de tais premissas. A abordagem, por outro lado, pode se desenvolver especialmente com base em uma compreensão da soberania popular na história – e aqui se destaca a excelente obra *Inventing the People*, de Edmund Morgan (1989) – e, a partir dessa análise, explicitar que, ao se trabalhar institucionalmente o local do poder de fala em termos de democracia constitucional, é preciso entender as origens dessa soberania, que, em certa medida, é estendida institucionalmente, seja por intermédio de uma pretensa representação (no caso do parlamento), seja por intermédio de uma pretensa defesa

da Constituição (no caso do Judiciário). Por fim, a análise pode ser mais diretamente focada no próprio arranjo institucional. Nesse ponto, as críticas à pressuposição de primazia do Judiciário são diretas. Sanford Levinson (2000), por exemplo, diz que tais afirmações sobre a primazia do Judiciário – aqui vale, em certa medida, o resgate das palavras do Ministro Marco Aurélio – são “ultimamente mais patéticas do que inspiradoras” (MCCLOSKEY; LEVINSON, 2000, p. 241, tradução nossa). Por sua vez, Larry Kramer (2004), um dos grandes críticos do ativismo judicial, diz que tais assertivas são meramente “bravata e sopro” (*bluster and puff*) (KRAMER, 2004, p. 221, tradução nossa). No Brasil, exatamente em artigo referente à PEC nº 33/2011, Cláudio Ladeira de Oliveira diz que o discurso de primazia do Judiciário não é senão “um bordão que explicita os anseios aristocráticos de parte dos profissionais do ramo, o de viver numa ‘juristocracia’: o governo dos juízes, pelos juízes, para os juízes” (OLIVEIRA, 2013)⁵. Oscar Vilhena Vieira (2008), com um teor mais descritivo do movimento, dedica um artigo à temática, intitulado “Supremocracia”. Conrado Hübner Mendes (2011, p. 219) afirma que vivemos uma “cultura do guardião entrincheirado”.

É importante salientar que não se está, neste artigo, precisamente defendendo tais posicionamentos. O intuito aqui é diverso: tentar desconstruir algumas das místicas que acompanham o discurso, hoje já naturalizado, de que: 1) não há conflito, mas um diálogo harmônico entre os poderes; 2) o desacordo político sobre direitos é mais bem resolvido pelo Judiciário, sobretudo diante de sua capacidade técnica e propósito de defesa de minorias (este item será ainda mais trabalhado no tópico seguinte); 3) a última palavra é do Judiciário e qualquer tentativa de se interpretar diferentemente ferirá os mais basilares princípios do constitucionalismo democrático. Em qualquer uma dessas assertivas, viu-se, ainda que de forma simplificada, que não há como simplesmente aceitar tais “verdades”. A complexidade do debate é vasta e precisa ser reconhecida como necessário objeto de investigação crítica. Essa compreensão, porém, torna-se ainda mais relevante na medida em que se constata as íntimas associações possíveis entre esse desenvolvimento e a história. Nesse aspecto, entra fortemente a compreensão da temporalidade como desconstrução de “verdades”, como ataque direto ao dado, a uma facticidade que não se deixa desvendar. A preocupação é revelar o que se quer fazer oculto por trás desse discurso e, nesse ponto, a história tem muito a dizer. Em sintonia com o que foi até agora apresentado, a história complementa significativamente a percepção de que, no âmbito de uma

⁵ Vale também destacar outras duas grandes obras que questionam a supremacia do Judiciário. Para tanto, Jackson (1941) e Agresto (1984).

disputa política constante entre os Poderes – e, não, harmonia, como já se afirmou –, é falacioso sustentar, sem maior análise crítica, que o Judiciário tem a primazia da “última palavra” no Direito, até mesmo no âmbito dos desacordos políticos sobre direitos. A tese a ser defendida é que a própria construção argumentativa de algum Poder “detentor da última palavra” é, por si só, uma afirmação que aparece como discurso por mais poder. Até porque não existe, em uma democracia constitucional, que prima pela cidadania, um órgão que possa arvorar-se o detentor da última palavra. Entretanto, o processo histórico brasileiro, nesses vinte e cinco anos de constitucionalismo, consubstanciou essa premissa. O caminho agora é desconstruí-la.

4. Entre o discurso e a história: as “verdades” e a “última palavra”

Quando se faz a associação da história com o discurso, tal como apresentado no tópico anterior, o ganho de compreensão é potencialmente elevado. Isso ocorre porque o discurso aparece, primeiramente, como um bom chamativo para se visualizar o estado da arte do problema enfrentado. No caso, quis-se deixar à evidência que a noção de uma harmonia entre os Poderes é, substancialmente, problemática e pouco defensável quando se constata o próprio teor das palavras trocadas entre eles em temas sensíveis. Bastou, aliás, indicar dois exemplos que se deram ao mesmo tempo para já se visualizar que, muito mais do que diálogo e harmonia, há, sem dúvida, uma disputa por poder, que se consubstancia em termos discursivos próprios. Mais especificamente, mostrou-se importante entender como o Judiciário reage a uma proposta do parlamento que limitaria parcialmente seus poderes. Como uma técnica argumentativa, dizer que o parlamento estaria “[rasgando] a Constituição” (Ministro Gilmar Mendes) ou que a

proposta “[fragilizaria] a democracia brasileira” (Ministro Joaquim Barbosa), sobretudo quando se assume, de antemão, que “a última palavra cabe ao Judiciário” (Ministro Marco Aurélio), é estrategicamente eficiente como mecanismo de persuasão pública. Os termos, afinal, são bem escolhidos e estão intimamente relacionados a uma compreensão bastante difundida do que se poderia esperar de uma democracia constitucional, que estabelece, como condição, um Judiciário capaz de defendê-la contra possíveis riscos de um retrocesso autoritário. Reforça-se o papel defensor, libertário do Judiciário e, por sua vez, o papel retaliativo, político, interessado do parlamento.

O aspecto intrigante dessa tomada de posição com base em uma perspectiva largamente difundida que parece dar um peso mais “racional” e adequado às atuações do Judiciário em detrimento do parlamento é que, por mais que o discurso assim se reproduza, a realidade histórica parece desmenti-la. É uma daquelas situações em que se verifica uma forte dissonância entre o discurso e a realidade. Afinal, se ao Judiciário compete a “última palavra”, sobretudo porque ele se apresenta como o grande defensor da Constituição e das minorias, dos preceitos mais estruturais do constitucionalismo democrático, isso, ao menos, deve ser justificado por alguma razão robusta. Normalmente, as premissas assim construídas em favor de um reforço do papel do Judiciário se dão por uma associação direta com perspectivas teóricas e pragmáticas que lhe dão essa configuração. E qualquer tentativa de questionar tais premissas é lançada ao campo das heresias. Com esse propósito, encontram-se justificações que vão, por exemplo, buscar suas origens nas bases do constitucionalismo norte-americano, que deram ensejo à construção do *judicial review*, como se visualiza na clássica, embora polêmica, decisão de 1803 de sua Suprema Corte, em *Marbury vs. Madison*, a qual acabou ganhando contornos

doutrinários bem mais ampliativos do que os próprios termos do Justice John Marshall, relator do caso⁶. Mas podem ir além, tentando encontrar nos próprios discursos dos federalistas e na estrutura da noção de *checks and balances* a base desse argumento, apresentando a corte constitucional como um elemento importante no equilíbrio institucional, sobretudo no âmbito de defesa de minorias, muito embora a noção de *judicial review* aqui se apresente bastante diversa de uma noção de supremacia⁷.

Se não para o resgate dos primórdios do constitucionalismo moderno, os argumentos tendem a ir para o espectro mais de uma certa obviedade natural do desenvolvimento saudável das democracias constitucionais. Conrado Hübner Mendes (2008), em tese primorosa, consegue diagnosticar bem vários desses argumentos, tais como: 1) a necessidade de assegurar o processo de formação da vontade democrática, especialmente quando há um bloqueio ou dificuldade na participação política de minorias excluídas; 2) a proteção dos direitos fundamentais e do conteúdo de justiça em uma democracia, aqui resgatando algumas noções centrais como trabalhadas por parcela do liberalismo igualitário, como a noção de “igual consideração e respeito” (DWORKIN, 1986) e de democracia como processo incompleto, a exigir também atuação do Judiciário; 3) a proteção dos direitos das minorias e a atuação contra a “tirania da maioria”⁸; 4) a atuação como “emissária do povo” e operacionalizadora

⁶ Não havia ali, afinal, nenhuma determinação de vinculação da interpretação dada pela Suprema Corte à Constituição aos demais Poderes, tampouco a elusiva ideia de que a Suprema Corte seria o último árbitro a respeito da interpretação constitucional. Quem particularmente contribuiu para esse entendimento foi um dos biógrafos do Justice John Marshall, Albert Beveridge, para quem a Suprema Corte tinha o “direito exclusivo de determinar a constitucionalidade das leis” e era o “último árbitro no que se refere ao que é ou não direito sob a Constituição” (BEVERIDGE 1919, p. 132, tradução nossa). O que se pode dizer, contudo, é que a decisão em *Marbury vs. Madison* afastou, nos Estados Unidos, a ideia inglesa de supremacia do parlamento.

⁷ Alexander Hamilton, no *Federalist* nº 78 (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 199), traz alguns elementos que poderiam permitir essa associação. Afinal, ali ele já lança a ideia de que as cortes possam “declarar nulos atos legislativos, porque seriam contrários à Constituição” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 199, tradução nossa). Ao mesmo tempo, afirma que todo ato parlamentar se classifica como uma autoridade delegada e que, se for contrário à Constituição, é inválido. “Nenhum ato legislativo contrário à Constituição, portanto, pode ser válido” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 199, tradução nossa). Por isso, “as cortes foram designadas para ser um corpo intermediário entre o povo e o parlamento, a fim de que, entre outras coisas, mantenham o último dentro dos limites assinalados a sua autoridade” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 199, tradução nossa). E, sobretudo, uma vez que compete às cortes de justiça interpretar o Direito Constitucional, em certa medida, seu entendimento deve prevalecer, porquanto “a Constituição deve prevalecer sobre o estatuto, a intenção do povo sobre as intenções de seus agentes” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 199, tradução nossa). Porém, dessas palavras extrair a supremacia do Judiciário tal como hoje desenhada parece desaguar em explícito anacronismo, na medida em que os contextos eram altamente diversos e o próprio Hamilton, como já aqui indicado, entendia que o Judiciário, “devido a suas funções, será sempre o [Poder] menos perigoso em relação aos direitos políticos da Constituição” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 198, tradução nossa).

⁸ Sobre o termo “tirania da maioria”, Jeremy Waldron faz interessante análise, que busca desmistificar essa compreensão. Para tanto, Waldron (2006, p. 1395-1401).

do “pré-comprometimento” que se deu no momento da fundação da nova ordem constitucional; 5) a consolidação do estado de direito; 6) a necessidade de um órgão imparcial diverso do legislador, que, afinal, não pode ser juiz de si próprio; 7) a atuação da corte como um “veto inerente à dinâmica da separação de poderes”; 8) a atuação da corte como técnica, dotada de uma “racionalidade incremental” que relaciona o caso com a jurisprudência da corte; 9) a corte como “menos falível em questões de princípio e mais próxima da resposta certa”; 10) a corte como promotora da “representação deliberativa e argumentativa”; 11) a corte como “instituição educativa e [promotora do] debate público”; 12) a corte como “[integrante de] um sistema democrático, não [estando] à margem dele”; 13) a corte como ente legitimado, na medida em que é composta por “membros indicados por autoridades eleitas” (MENDES, 2011, p. 64-82). É claro que várias dessas premissas são muito questionáveis – e a doutrina, como já abordado (WALDRON, 2006), é vasta nessa direção –, mas é importante destacar que, embora passíveis das mais diretas críticas, elas são quase naturalmente aceitas como uma condição inevitável das democracias contemporâneas (como se, aliás, não houvesse outros modelos possíveis de arranjo entre os Poderes)(WALDRON, 2006; TUSHNET, 2003; MÖLLERS, 2011).

O problema central, como já mencionado há pouco, é que todos esses argumentos, malgrado soem convincentes, bonitos e poderosos, somente ganham seu devido valor se forem afirmados por uma prática que os justifique. É essa a grande questão – porque, afinal, querer se afirmar o detentor da “última palavra” não é tarefa que pode se resumir a uma retórica vazia. O discurso precisa ter alguma corroboração com as práticas de vida; caso contrário, perde em legitimidade. Ter a tão desejada “última palavra” é custoso, porquanto lança, para um único órgão, a defesa institucional final de todo um processo democrático, de todo um diálogo que quer se manter aberto, em que a democracia e o constitucionalismo, como paradoxos necessários, se constroem e se aperfeiçoam. De antemão, já se antecipa a impossibilidade dessa tarefa. Querer ter a “última palavra” é o sinal de não compreensão da complexidade inerente a uma sociedade democrática, que preza pela cidadania. Isso se dá porque a história desses vinte e cinco anos de constitucionalismo democrático no Brasil explicita que o Supremo Tribunal Federal, embora se utilize desse argumento, deixa muito a desejar em termos de justificação daquelas premissas.

Essa percepção será aqui abordada a partir de dois enfoques: 1) empiricamente, ao menos em uma área que é alardeada como uma conquista da Constituição de 1988 na defesa dos direitos fundamentais, o STF tem se mostrado pouco defensor desses direitos (e, portanto, coloca em xeque vários dos argumentos anteriormente citados para a defesa de sua

atuação); 2) o argumento de racionalidade, que tanto é empregado para legitimar sua atuação, parece não estar sendo acompanhado da compreensão de seus limites. Em síntese, seja por uma realidade desmistificadora da atuação do STF, seja pela percepção de que um dos principais argumentos legitimadores de sua atuação – sua racionalidade técnica e coerência metodológica – não consegue se sustentar ao crivo da crítica, a conclusão a que se chega é que, de fato, o dizer “ter a última palavra” só se justifica por um querer mais poder ou por mera retórica, que pouco contribui para o debate democrático.

5. A desmistificação da “última palavra”

A proposta aqui será trabalhada em duas frentes. A primeira volta-se para uma desmistificação dessa “última palavra”, na compreensão de que o Supremo Tribunal Federal tem, de fato, realizado a defesa da Constituição Federal e, especialmente, protegido as minorias e os direitos fundamentais contra possíveis riscos de um retrocesso antidemocrático. Para tanto, a análise é, sobretudo, empírica, factual, concreta. Curiosamente, essa é uma prática pouco difundida entre juristas: examinar, caso a caso, se, de fato, se verifica, pelas cortes de justiça, a tão desejada atuação que, ao menos conforme alguns dos aspectos indicados no tópico anterior, resultaria em uma maior aceitação dessa assunção de poder pela Suprema Corte. Ao se fazer essa análise, contudo, as conclusões parecem desmentir a pompa que normalmente carregam as falas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal antes indicadas.

Primeiramente, vale o registro histórico de que, principalmente nos últimos anos, houve, sim, uma ampliação dos poderes do STF no que diz respeito a sua competência para objetivar resultados de suas decisões, de modo a atingir o maior número de pessoas. Em outras palavras, é visível um processo argumentativo em prol da abstração de seus julgados, embora isso não necessariamente tenha se dado por uma ampliação dos julgamentos em sede de controle abstrato⁹. Verificou-se que, seja por via das modificações legislativas, seja por intermédio de alterações jurisprudenciais, o STF tem ampliado seu campo de atuação¹⁰. São vários os exemplos: 1) a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) pela Emenda Constitucional nº 3/93, com sérias

⁹Embora seja concluído de outra forma por parcela da doutrina (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007), empiricamente, verifica-se que não é correta a afirmação de que houve um crescimento do número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade de 1988 até hoje. Ao contrário, elas têm se mantido relativamente estáveis, com algumas variações pontuais, no número de duzentas ações por ano (COSTA; BENVINDO, 2013).

¹⁰Para uma análise detalhada desse processo histórico, Benvindo (2010, p. 83-134).

consequências no âmbito do controle de constitucionalidade; 2) o surgimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), juntamente com a possibilidade de suspensão liminar de julgamentos que estejam ocorrendo em instâncias inferiores, caso apresentem matéria relacionada com o mérito da ADPF, assim como a modulação de efeitos (Leis nºs 9.882/99 e 9.868/99); 3) a Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu a súmula vinculante e o instituto da repercussão geral; 4) julgamentos em que o STF buscou, em algum momento, expandir os efeitos abstratos ao controle difuso, como o HC nº 82.959/SP (BRASIL, 2006), referente aos crimes hediondos, os Mandados de Injunção nºs 670/ES (BRASIL, 2008a), 708/DF (BRASIL, 2008b) e 712/PA (BRASIL, 2008c), referentes ao direito de greve do servidor público, e a Reclamação nº 4.335-5/AC¹¹, que trouxe à discussão o conceito de “mutação constitucional” a ponto de se buscar tornar letra morta o art. 52, X, da Constituição Federal (que trata da suspensão de efeitos de lei julgada inconstitucional pelo STF em controle difuso, tida agora por parcela de seus Ministros¹² como um recurso ultrapassado); entre outros. Desse modo, por um lado, houve um claro movimento legislativo, que foi ampliando sobremaneira os espaços de atuação do STF, e, por outro, o próprio STF, nesse caminho, utilizou-se desse impulso para reconstruir parte de sua jurisprudência de modo a se tornar ainda mais presente no exercício da jurisdição constitucional.

Apesar de toda essa movimentação, a pergunta que permanece é se, de fato, ela se consubstanciou no efetivo exercício da jurisdi-

ção constitucional, ao menos no que se refere àquelas usuais justificações que dão ensejo à sustentação de ter o STF a “última palavra”. Afinal, como já destacado, para defender essa qualidade, é preciso, no mínimo, ter razões robustas. Entre essas razões, certamente a que se volta para a ideia de “Guardião da Constituição” e defensor dos direitos fundamentais, sobretudo das minorias excluídas do processo democrático, ganha relevo. É, possivelmente, o principal argumento teórico que parece rememorar os mais fundamentais princípios do constitucionalismo moderno. Mas dizer que é o “Guardião da Constituição”, defensor das minorias e, mais, o detentor da “última palavra” exige comprovação fática para tanto. Logicamente, existem vários casos interessantes em que o Supremo Tribunal Federal exerceu, em alguma medida, esse papel, tais como, recentemente, o caso que tratava das uniões homoafetivas [ADI 4277/DF (BRASIL, 2011b) e ADPF 132/RJ (BRASIL, 2012b)] e das cotas em universidades públicas [ADPF 186/DF (BRASIL, 2012c)]. Em um universo de milhares de casos julgados pelo STF mensalmente, é natural que surjam aqueles paradigmáticos, que destaquem essa função e valorizem sua atuação na defesa de minorias, na afirmação da igualdade e da liberdade como corolários democráticos. Porém, é preciso mais. Nesse ponto é que são bem-vindas análises empíricas, mais do que declarações que selecionam um caso aqui e outro ali para justificar tão amplamente os poderes do STF.

Para tanto, é bastante instigante resgatar algumas conclusões que podem ser extraídas de pesquisa coordenada por mim e por Alexandre Araújo Costa, professor do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, intitulada *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamen-*

¹¹ O caso ainda se encontra em julgamento.

¹² Ver, especialmente, os fundamentos do voto do Ministro Gilmar Mendes; também manifestado em artigo de sua autoria (MENDES, 2004).

*tais*¹³. Nessa pesquisa, foi realizado um estudo bastante minucioso de todos os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato desde 1988 até dezembro de 2012. Apesar de a análise se restringir ao controle abstrato, que, obviamente, é bem mais estreito do que os casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal por via do sistema difuso, aqui também vale explicitar uma forte dissonância entre o discurso e a prática, que corrobora, em certa medida, algumas das hipóteses levantadas neste artigo.

Isso se deve ao fato de que o controle abstrato de constitucionalidade carrega, na literatura jurídica nacional, um forte sentido de conquista trazida pelo processo constituinte de 1988, que ampliou sobremaneira seu campo de aplicação. Gilmar Mendes, por exemplo, diz que esse sistema é a base para se poder afirmar que “possuímos, hoje, um sistema de defesa da Constituição tão completo e tão bem estruturado que, no particular, nada fica a dever aos mais avançados ordenamentos jurídicos da atualidade” (MENDES, 2009, p. 208). Há, além do mais, o aspecto simbólico dessa conquista, que, ao menos segundo o próprio Gilmar Mendes, estabelece um novo patamar em termos de controle de constitucionalidade, visto que, “a partir de 1988, todavia, somente faz sentido cogitar-se de um sistema misto se se tiver consciência de que a base desse sistema respalda-se no modelo concentrado” (MENDES, 2005, p. XII). Portanto, malgrado não seja o sistema concentrado a principal carga de trabalho do STF, ele carrega muito desse potencial da construção do imaginário de ser ele, efetivamente, o

detentor da “última palavra”. Até porque, sabe-se, o controle concentrado, como o próprio nome o diz, concentra a decisão em uma única instituição judicial, trazendo efeitos aplicáveis a todos em abstrato. Ao mesmo tempo, parece consubstanciar o sentido de uma verdadeira corte constitucional, pelo menos nos moldes do modelo europeu – fato, aliás, aventado durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e 1988, embora não tenha vingado naquele momento (CORRÊA, 1988, p. 67). Não deixa, aliás, de ser muito instigante que, por diferentes mecanismos, esse objetivo de abstração – o querer ser uma “corte constitucional” – tenha acompanhado o próprio desenvolvimento histórico do STF, como sucintamente explicitado anteriormente.

Nessa pesquisa, tomando-se como referência especialmente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (foram examinadas cerca de 4900 ADIs), que representam quase a substancial maioria das ações abstratas perante o STF, conforme a metodologia adotada (COSTA; BENVINDO, 2013), verificou-se um índice bastante baixo de decisões de procedência¹⁴ (cerca de 1/3 de todas as ações efetivamente julgadas) em

¹⁴ É claro que há decisões de improcedência (quando o tribunal avalia o mérito do pedido e o rejeita completamente) em controle concentrado que tratam de temas bastante relevantes no âmbito dos direitos fundamentais, como se deu nas decisões sobre células-tronco (BRASIL, 2010) e cotas para negros em universidades públicas (BRASIL, 2012c). Contudo, mesmo que as decisões de improcedência tenham relevância social em alguns casos, elas não se diferenciam substancialmente de uma decisão de improcedência no controle difuso. Aqui não há, afinal, retirada da norma do mundo jurídico, mas simples confirmação de sua constitucionalidade, mesmo que seus efeitos aparentem ser mais abrangentes do que aqueles extraídos do exame de um caso concreto específico. Portanto, se os processos mais relevantes para os direitos humanos forem sistematicamente julgados como decisões de não procedência, não há razões para a manutenção do modelo concentrado de constitucionalidade. Ressalte-se, além do mais, que as decisões de improcedência representam cerca de 1/6 dos processos que cumprem todos os requisitos para serem julgados, índice aproximadamente cinco vezes menor do que o de decisões de procedência.

¹³ Pesquisa realizada entre 2010 e 2013, sob financiamento do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, conforme Edital MCT/CNPq nº 14/2010 – Universal. A pesquisa contou com a participação de vários pesquisadores da Universidade de Brasília e de colaboradores externos. A pesquisa encontra-se, no momento, no prelo para publicação.

matéria de direitos fundamentais¹⁵. Na verdade, houve um total de apenas setenta e duas ADIs julgadas procedentes nesse tema dentro do espectro examinado, o que demonstra que o tema dos “direitos fundamentais” não tem sido efetivamente o grande objeto do controle concentrado de constitucionalidade. No âmbito das ADIs contra legislação federal, verifica-se que, com pequenas flutuações, as decisões de procedência relativas a direitos fundamentais não ultrapassaram 11% dos casos e, no caso das ADIs contra legislação estadual, somente se alcançou o índice de 11% no ano atípico de 2012, mais devido a uma retração do número global de julgamentos do que, de fato, a um incremento de decisões nesse campo. Entre todos os casos enquadrados no âmbito dos direitos fundamentais, constatou-se que 1/4 das decisões se referia aos direitos de igualdade e proporcionalidade (indicando falta de razoabilidade de certas leis e garantias ao processo judicial); 10%, aos clássicos direitos de primeira geração, tais como irretroatividade das leis e direitos de liberdade; e menos de 5%, à proteção de direitos difusos e direitos da ordem social. Porém, mesmo nessa esfera de direitos fundamentais, percebe-se que parte relevante desse montante está relacionada à defesa de interesses corporativos – eis a razão para se ter uma prevalência de questões sobre isonomia e garantias processuais –, com poucos casos mais diretamente relacionados a temas de direitos voltados para um espectro mais geral da sociedade¹⁶. Prevalece, sim, um certo controle corporativo de constitucionalidade, muito mais do que um controle destinado a defender os direitos e as garantias dos cidadãos em geral. Aliás, no âmbito das ADIs contra legislação federal, pode-se dizer que 60% das decisões sobre direitos fundamentais são, na verdade, decisões em prol de interesses corporativos.

O universo da pesquisa empírica, como já ressaltado, é restrito, mas diz muito, porque é simbólico de toda uma perspectiva de atuação da corte. Exatamente naquela forma de agir em que mais parece desejar atuar a suprema corte brasileira – um agir como corte constitucional típica dos moldes europeus –, de 1988 até hoje, os resultados são desconcertantes. Está muito distante da noção, aqui já registrada em fala do Ministro Gilmar Mendes, de “um sistema de defesa da Constituição

¹⁵ Segundo a pesquisa, “o critério adotado foi, primeiramente, enquadrar nesta temática apenas as ADIs que, superadas as questões formais, efetivamente discutiram o mérito dos direitos fundamentais suscitados. Assim, o foco se volta para o próprio discurso do STF, isto é, se ele realmente utilizou argumentos que diretamente enfrentaram a questão dos direitos e garantias fundamentais apresentada. Em segundo lugar, buscou-se incluir nessa grande categoria temas que são histórica e doutrinariamente entendidos como ‘direitos e garantias fundamentais’” (COSTA; BENVINDO, 2013, p. 64).

¹⁶ Vale ressaltar que a própria lógica de “pertinência temática” exigida dessas entidades corporativas dificulta acentuadamente a potencialidade dessas entidades em buscar defender interesses mais gerais da sociedade.

tão completo e tão bem estruturado que, no particular, nada fica a dever aos mais avançados ordenamentos jurídicos da atualidade” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 208) e se torna ainda mais chocante se a lógica por ele defendida se mantiver verdadeira, isto é, que, “a partir de 1988, todavia, somente faz sentido cogitar-se de um sistema misto se se tiver consciência de que a base desse sistema respalda-se no modelo concentrado” (MENDES, 2005, p. XII). Se for esse o caminhar que legitima ter o Supremo Tribunal Federal a “última palavra”, um caminhar que busca cada vez mais se afirmar com base em um sistema respaldado pelo modelo concentrado, estamos muito, muito mal. Não há, a toda evidência, como defender um processo de concentração e abstração das decisões do Supremo Tribunal Federal, se a história de vinte e cinco anos de constitucionalismo demonstra que a defesa da Constituição, aquilo, aliás, que mais daria razão à atuação da suprema corte – a defesa dos direitos fundamentais –, tem deixado muito a desejar, muito aquém do que tem sido alardeado pela doutrina e muito aquém de qualquer argumento capaz de referendar a tese da “última palavra”.

É claro que isso não significa que se esteja negando o papel relevante do Supremo Tribunal Federal na democracia constitucional brasileira. Sem dúvida, a previsão de um tribunal que exerça a jurisdição constitucional é um elemento importante e, em alguma medida, estabilizador de determinados desacordos institucionais sobre direitos. Porém, entre reconhecer a relevância da existência de um tribunal exercendo a jurisdição constitucional e concluir que ele tem a “última palavra”, há um salto deveras largo. E ainda mais o é quando se observa que, seja do ponto de vista da movimentação legislativa, seja sob o aspecto das modificações de jurisprudência recentes, o tribunal aparenta querer, cada vez mais, adquirir essa feição de corte monopolizadora do debate constitucional, em detrimento de outras formas do exercício da jurisdição, como o controle difuso, visto, segundo a passagem citada de Gilmar Mendes, como secundário na nova sistemática de 1988. Pelos dados empíricos coletados, mantidas as mesmas condições, o querer ser essa tão desejada corte constitucional significará o próprio não exercício da jurisdição constitucional. Nesse aspecto, sim, seria negado o papel relevante do Supremo Tribunal Federal na democracia constitucional brasileira.

De qualquer forma, há ainda um segundo fator a ser examinado, que, associado a essa perspectiva empírica, torna ainda mais dramático o discurso da “última palavra”: a crença de que o STF é a representação da “racionalidade técnica” e, desse modo, tem a capacidade de elaborar decisões diferenciadas em relação àquelas produzidas pelo parlamento, que, como antes examinado, tende a ser desenhado como a casa política dos interesses mais pessoais e mesquinhos. Aqui vale o registro,

novamente, de outra fala do Ministro Gilmar Mendes: “A Corte Constitucional existe para tomar as decisões mais racionais” (TORRES, 2008). A questão central refere-se à elaboração de uma legitimação que se faz pelo discurso “racional”, como uma representação argumentativa (ALEXY, 2005, p. 578-79). O problema que se apresenta, porém, como já defendi amplamente em outras oportunidades (BENVINDO, 2010, 2011), é não se atentar para os inerentes limites dessa pretensa racionalidade. Ao não se fazê-lo, a tão desejada cisão entre “técnica”, “racionalidade”, “método”, de um lado, e política, irracionalidade e caos, do outro, torna-se mera retórica vazia. No final, a atuação da jurisdição constitucional não parece tão diversa daquela própria do parlamento, o que coloca, assim, por terra toda essa aura de algo mais “puro” no âmbito da defesa dos princípios democrático-constitucionais e torna ainda mais complicada a relação entre os Poderes.

No intuito de ser direto e sucinto sobre essa questão, o grande problema é que, acompanhando esse desiderato de ampliação de poder – agora sob o viés da persuasão argumentativa, por intermédio de técnicas tidas como “racionais” na resolução de problemas –, o Supremo Tribunal Federal tem ampliado a adoção de uma compreensão de direitos que parece não atentar para as complexidades e limites de sua pretensa racionalidade. Basta destacar que, quando se está ciente desses aspectos, sabe-se, de antemão, que todo estudo sobre racionalidade no Direito esbarra, inevitavelmente, em aspectos de matriz filosófica, que desembocam em diferentes possíveis propostas, como a que trata a argumentação jurídica como um caso especial do discurso prático geral (ALEXY, 1983) ou aquela que aborda a “cooriginalidade” entre os discursos moral e jurídico, deixando clara a não confusão de ambos (HABERMAS, 1998, p. 135-150). Do mesmo modo, existe toda uma

relevante discussão sobre as dimensões de justiça – e aqui há uma plêiade de possibilidades –, como também sobre as infinitas possibilidades da historicidade, outro elemento importante nesse entendimento, que se tornou ainda mais complexo depois do giro hermenêutico e sua radicalização da temporalidade (HEIDEGGER, 2006). Portanto, para se dizer “racional”, é necessário, antes de mais nada, deixar claro o que se entende por isso.

É nesse aspecto que reside a principal discussão. O Supremo Tribunal Federal, sobretudo nos últimos anos, tem adotado continuamente a tese de que suas decisões expressam a dimensão de direitos fundamentais como princípios objetivos de uma ordem axiológica e de que, como tais, são concebidos como comandos de otimização. Desse modo, cada vez mais, a interpretação de direitos é feita com base em sua possível relativização a partir daquilo que é factual e legalmente possível (ALEXY, 1994, p. 75). Por trás dessa realidade, constroem-se perspectivas que lançam forte ênfase a determinados princípios (como a dignidade humana, que ganha a qualidade de superprincípio), conceitos (como “núcleo essencial”, importado do alemão *Wesengehalt*) e técnicas decisórias, como o princípio da proporcionalidade e, em especial, o balanceamento, que alteram sobremaneira a forma de apresentar o argumento que deu ensejo à decisão. Agora, todo direito fundamental tem uma estrutura objetiva, uma finalidade que se ligará à compreensão axiológica da sociedade. E sua interpretação, especialmente quando há uma colisão de “princípios”, acarreta, necessariamente, a aplicação de uma análise proporcional de seu peso, em consonância com as características factuais e as possibilidades que a realidade e as normas jurídicas lhe proporcionam. A consequência direta dessa forma de raciocínio é que decidir, em matéria constitucional, se assenta muito mais na adoção de uma metodologia

suficientemente flexível, capaz de absorver essa perspectiva axiológica, especialmente por intermédio da aplicação do balanceamento, do que na preocupação de uma efetiva construção de direitos que compreenda aquela complexidade, aqui brevemente indicada, de uma racionalidade limitada, em que a historicidade e a justiça entram em constante tensão produtiva (BENVINDO, 2010, p. 333-364). Muito mais do que entender essa complexidade, que impõe limites à racionalidade jurídica, acredita-se que a decisão é racional, porque se adotou um método todo estruturado de argumentação jurídica (o princípio da proporcionalidade, por exemplo), em que foram incluídos bons argumentos. Depois do giro hermenêutico (GADAMER, 2004), acreditar que um método traga racionalidade é contrariar todo um desenvolvimento jusfilosófico que, há muito, desacredita frontalmente essa possibilidade.

É bem verdade que essa não é uma característica claramente visível nos votos de todos os Ministros; tampouco se poderia dizer que não ocorram várias outras formas de argumentação. Da mesma maneira, mesmo que em um voto ou outro se encontre alguma abordagem teórica aprofundada sobre a questão, utilizando-se, por exemplo, trechos da obra de um dos maiores defensores do princípio da proporcionalidade (ALEXY, 1994), não é possível relacionar esse tipo de argumentação nos votos como uma consequência direta dessa leitura. Mas o interessante é que aqui também parece haver uma forte defesa da racionalidade nesse método decisório (ALEXY, 1994, 2003). Esse querer ser “racional” parece que contaminou as falas do Ministro Gilmar Mendes, que, sem dúvida alguma, é quem mais utiliza essa compreensão em suas decisões, entre os Ministros da corte.

O interessante dessa movimentação é que ela parece se associar à própria intensidade do querer se afirmar como corte constitucional

típica e, nesse aspecto, o primeiro fator aqui examinado – a defesa dos princípios constitucionais, sobretudo referentes a minorias excluídas do processo democrático – complementa-se, em certa medida, com um discurso mais flexível de produção decisória. Além do mais, essa flexibilidade, que inevitavelmente acaba tornando a corte constitucional mais política, no sentido de produzir decisões voltadas para o todo, para se legitimar, precisa se afirmar “racional”. É um jogo discursivo interessante e bastante persuasivo. Por um lado, a corte constitucional diz defender a democracia, os princípios estruturantes do constitucionalismo, as minorias e, por outro, o faz por intermédio de técnicas decisórias “racionais”, capazes de serem flexíveis o suficiente para abarcar anseios coletivos antes tidos como mais afeitos ao campo de decisão do parlamento. Além disso, é mais eficiente, especialmente quando se alardeia amplamente que o parlamento pouco trabalha em sua função e, por isso, a jurisdição constitucional deve agir em sua inércia, como se bastasse aqui aplicar um silogismo lógico. Na medida em que essa nova perspectiva praticamente equaliza princípios histórica e institucionalmente consagrados pelo processo democrático com valores (ALEXY, 1994, p. 125), a distinção entre a atividade judicante e a parlamentar torna-se nebulosa. A legitimação pelo discurso, a representação argumentativa, ganha relevo por essa associação de “racionalidade” com defesa da Constituição, mas ela se mostra altamente criticável quando se constata que: 1) empiricamente, não se verifica bem essa tão alardeada defesa da Constituição pela corte constitucional; 2) a racionalidade defendida nesse procedimento é decorrente de uma crença cartesiana de que método produz racionalidade e é coincidente, em grande medida, com a lógica discursiva do próprio parlamento, pois se torna fortemente política. Nesse último caso, tem-se

um problema estrutural: se, especialmente após o giro hermenêutico, não é mais possível acreditar que um método traga racionalidade, qual é o outro argumento que o Supremo Tribunal Federal pode utilizar em benefício de sua legitimidade para esse tipo de decisão, em comparação ao parlamento? O que o torna tão especial e distinto para se afirmar como detentor da “última palavra”?

6. Conclusões

É curioso que, nessas horas, algumas análises realizadas por cientistas políticos parecem mais realistas do que as tão engenhosas tentativas teóricas de justificação da detenção da “última palavra” pelas cortes constitucionais. Louis Fisher (1988) é muito direto na percepção de que nada, nesse âmbito, é final. Segundo ele, “como o registro histórico amplamente comprova, a Corte não é final, tampouco infalível. Decisões judiciais mantêm-se inatingidas apenas na medida em que o Congresso, o Presidente e o público em geral consideram as decisões convincentes, razoáveis e aceitáveis” (FISHER, 1988, p. 244, tradução nossa). Por sua vez, Keith Whittington (2007) retira toda essa aura mágica que circunda a noção de “último intérprete”, ou detentor da “última palavra”, dizendo, claramente e com vários exemplos, que “o cálculo estratégico de líderes políticos estabeleceu a fundação política da supremacia judicial” e que, por isso, “se a supremacia judicial não pode ser simplesmente assumida como algo que exista, então ela deve ser politicamente construída” (WHITTINGTON, 2007, p. 5, tradução nossa). Ran Hirschl (2007), para completar essa compreensão, afirma que “uma perspectiva ‘realista’ sugere que a judicialização da política é largamente uma função de escolhas concretas, interesses ou considerações estratégicas de atores políticos autointeressados” (HIRSCHL,

2008, p. 136, tradução nossa) e que, na verdade, muito desse processo decorre da premissa de que “delegar a autoridade de fazer política para as cortes pode ser um meio eficiente de transferir responsabilidade e, portanto, reduzir seus riscos [dos políticos] e do aparato institucional em que eles operam” (HIRSCHL, 2007, p. 136, tradução nossa).

Portanto, é preciso ver a realidade como ela se apresenta. Conforme amplamente sustentado desde o início do artigo, não há harmonia entre os Poderes. Há muito de competição política, muito de buscas por espaços de poder e muito de cálculos estratégicos de como operar esse poder. É claro que a afirmação de ter a “última palavra” não é apenas uma construção fundamentada em doutrinas diversas, justificável por uma sabedoria secular que repousa nas bases do constitucionalismo. Todo o direcionamento dos argumentos apresentados foi desenvolvido para desmistificar essas premissas tão difundidas na cultura jurídica. O funcionamento dos três Poderes é, na verdade, amplamente político, cercado dos mais diferentes interesses – e aqui entram, sim, vários daqueles adjetivos pejorativos normalmente associados à atuação do parlamento –, muitas vezes, aliás, pouco transparentes, até para não quebrar a aura de “pureza”, que precisa tanto qualificar a jurisdição constitucional para consubstanciar seu *status* de legitimidade. Em certos momentos, como nos exemplos apresentados, a delimitação do espaço de cada um dos Poderes enseja amplas discussões e a necessidade de se reafirmar como instituição democrática; em outros, ocorrem associações entre os Poderes para operacionalizarem seus poderes da melhor forma. São características para as quais Madison já alertava típicas da própria natureza humana, e é uma ingenuidade acentuada ou mesmo uma cegueira estratégica negar o que se revela tão nitidamente.

De qualquer modo, como já exposto, essa conclusão não significa que não se reconheça o relevante papel, para a democracia constitucional, da jurisdição constitucional. O Supremo Tribunal Federal, nesses vinte e cinco anos de constitucionalismo democrático brasileiro, exerceu um papel crucial e, sim, promoveu, em várias oportunidades, as funções que se esperam de uma corte constitucional. Mas ele não está só; tampouco pode afirmar ter a “última palavra”. Não apenas porque, especialmente quando quer agir como corte constitucional típica, pouco tem feito em termos de guardião dos direitos fundamentais e defensor das minorias, como aqui demonstrado empiricamente. Tampouco porque sua “racionalidade” técnico-metódica pouco tem se diferenciado do típico discurso político, em que se confunde nitidamente Direito com política, com todos os riscos que isso acarreta, como aqui explicitado. O que mais desmistifica esse querer ter a “última palavra” é a própria impossibilidade de se ter a “última palavra” em uma democracia constitucional. O exercício da cidadania o impede. Todos somos, já alertava Habermas (1998, p. 154), autores do Direito, afinal. E não será uma corte constitucional desejava de ter a “última palavra” que acarretará a delegação do exercício dessa cidadania, que é dialógica, discursiva, inclusiva. É nesse aprendizado com o Outro, no diálogo com o Outro, na inclusão do Outro que se faz o constitucionalismo e se afirma a democracia. Não é o monólogo de cima, não são os acordos político-estratégicos que o moldam. Somos nós e apenas nós. É esse, enfim, o maior aprendizado de nossa democracia nesses vinte e cinco anos. Que venham tantos outros!

Referências

- AGRESTO, John. *The Supreme Court and constitutional democracy*. Cornell: Cornell University, 1984.
- ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.
- _____. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, jun. 2003.
- _____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- _____. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism*. New York: Springer, 2010.
- _____. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: um debate sobre os limites da racionalidade. In: GUERRA, Luiz (Org.). *Temas contemporâneos do direito: homenagem ao bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra, 2011.

BEVERIDGE, Albert J. *The life of John Marshall*. New York: Houghton Mifflin, 1919.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.9597/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 23 fev. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 670/ES, de 25 de outubro de 2007. Relator: Ministro Maurício Corrêa. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 708/DF, de 25 de outubro de 2008. Relator: Ministro Gilmas Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 712/PA, de 25 de outubro de 2007. Relator: Ministro Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, de 29 de maio de 2008. Relator: Ministro Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 28 maio 2010.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 33. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 25 maio 2011a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF, de 5 de maio de 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 out. 2011b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277, de 5 de maio de 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 nov. 2012a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, de 5 de maio de 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 dez. 2012b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 4 maio 2012c.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.470. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 19 set. 2012d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 32033/DF, de 24 de abril de 2013. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 29 abr. 2013a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 32036/DF. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 maio 2013b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 32037/DF. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 maio 2013c.

CALGARO, Fernanda. Para ministro, PEC que submete decisões do Supremo ao Congresso é “retaliação”. *UOL Notícias*, São Paulo, 24 abr. 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/04/24/para-ministros-pec-que-submete-supremo-a-congresso-e-perniciosa-e-tenebrosa.htm>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

CORRÊA, Oscar Dias. O 160º aniversário do STF e o novo texto constitucional. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 41, n. 173, p. 67-88, jul./set. 1988.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden (Org.). *A quem interessa o controle de constitucionalidade?: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Pesquisa Edital MCT/CNPq, nº 14/2010 – Universal, Brasília, 2013. No prelo.

DERRIDA, Jacques. Declarations of independence. In: DERRIDA, Jacques. *Negotiations: interventions and interviews, 1971-2001*. Stanford: Stanford University, 2002.

_____. *Séminaire la bete e le souverain*. Paris: Galilée, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University, 1986.

_____. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Marbury v. Madison*. Washington: Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 1803.

FANGMANN, Helmut D. *Justiz gegen Demokratie: Entstehungs- u. Funktionsbedingungen der Verfassungsjustiz in Deutschland*. Frankfurt: Campus Verlag, 1979.

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University, 1988.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Truth and method*. New York: Continuum, 2004.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist*. New York: Bedford, 2003

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Niemeyer, 2006.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007.

_____. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University, 2008.

_____. *Towards juristocracy*. Cambridge: Harvard University, 2007.

JACKSON, Robert H. *The struggle for judicial supremacy*. New York: Knopf, 1941.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University, 2004.

MAUS, Ingeborg. Justiz als gesellschaftliches Über-Ich: Zur Funktion von Rechtsprechung in der ‚vaterlosen‘ Gesellschaft. In: FAUSTISCH, Werner; GRIMM, Gunter. *Sturz der Götter?: Vaterbilder im 20. Jahrhundert*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989.

MCCLOSKEY, Robert G.; LEVINSON, Sanford. *The American Supreme Court*. Chicago: University of Chicago, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese de Doutorado – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O papel do Senado no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, v. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MÖLLERS, Christoph. Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts. In: JESTAEDT, Mathias et al. *Das entgrenzte Gericht: eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Frankfurt: Suhrkamp, 2011.

MORGAN, Edmund. *Inventing the people: the rise of popular sovereignty in England and America*. London: W.W. Norton, 1989.

O ESTADO DE S. PAULO. Ministros do STF criticam proposta de submeter decisões da Corte ao Congresso. *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 24 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.estado.com.br/noticias/nacional,ministros-do-stf-criticam-proposta-de-submeter-decisoes-da-corte-ao-congresso,1025075,0.htm>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. PEC 33, separação de poderes e o aprisionamento judicial da Constituição. *Crítica Constitucional*, Brasília, 27 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/pec-33-separacao-de-poderes-e-o-aprisionamento-judicial-da-constituicao/>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

SELIGMAN, Felipe. Barbosa diz que reduzir poderes do STF fragiliza democracia. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/04/1269014-barbosa-diz-que-reduzir-poderes-do-stf-fragiliza-democracia.shtml>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. A emenda e o Supremo. *Valor Econômico*, São Paulo, p. A18, 3 maio 2013.

TORRES, Izabela. Entrevista Gilmar Mendes. *Correio Braziliense*, Brasília, 17 ago. 2008.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999.

_____. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 101, n. 8, p. 2781-2802, Ago. 2003.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University, 1999.

_____. Judicial review and the conditions of democracy. *The Journal of Political Philosophy*, Oxford, v. 6, n. 4, p. 335-355, 1998.

_____. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1347-1406, 2006.

WHITTINGTON, Keith E. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. history*. Princeton: Princeton University, 2007.

