

A falácia no direito das minorias

A faceta pragmatista a partir do perfil
contramajoritário da Corte

ALEXANDRE DE CASTRO COURA

MATHEUS HENRIQUE DOS SANTOS DA ESCOSSIA

Resumo: O presente artigo busca investigar o desdobramento das categorias “direito das minorias” e “contramajoritário” com base no estudo de casos do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, serão avaliadas duas decisões que trouxeram esses termos em sua *ratio decidendi*, quais sejam o Mandado de Segurança 26.441/DF e a Medida Cautelar no Mandado de Segurança 31.816/DF, de modo a verificar a maneira como a Corte interpretou aquelas categorias. Esses julgamentos serão balizados considerando a indeterminação conceitual que existe na doutrina sobre esses termos, bem como os fundamentos que repousam sobre o caráter contramajoritário da Corte. Por fim, o estudo debaterá duas perspectivas teóricas antagônicas, quais sejam o “direito como integridade”, de Ronald Dworkin, e o pragmatismo jurídico de Richard Posner, com a intenção de avaliar a relação entre a fundamentação e a decisão emanada no processo de deliberação.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Direito das minorias. Integridade. Pragmatismo. Argumentação.

1. Considerações iniciais

Tratar de direito das minorias pode parecer um tema que dispensa maiores considerações. Para muitos, é óbvio que um dos sentidos da Jurisdição Constitucional consiste em defender os direitos individuais das minorias frente às vontades circunstancialmente dominantes. No entanto, assim como tantas outras categorias ligadas à tensão constitucionalismo e democracia, a “questão minoritária” não está isenta de reflexões.

A referida tensão elucida um pressuposto crucial no atual estágio da teoria constitucional: a dependência mútua e cooriginária entre os

Recebido em 8/9/14
Aprovado em 12/1/15

conceitos de constitucionalismo e democracia. Hoje, é anacrônico imaginar uma constituição não democrática ou uma democracia sem constituição. Pertinente é a síntese proposta por Menelick de Carvalho Netto (2003, p. 15):

“Aprendemos dolorosamente que a democracia só é democrática se for constitucional. A vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria ideia de democracia. [...] Do mesmo modo, não menos dolorosamente, aprendemos que o constitucionalismo só é constitucional se for democrático”.

A indissociável conexão entre constitucionalismo e democracia, podendo-se, inclusive, tratá-los como um conceito único de “constitucionalismo democrático” (BARROSO, 2010, p. 88-94), delimita o cenário da presente investigação. A preservação dos direitos fundamentais e o respeito ao procedimento democrático constituem, ao mesmo tempo, o foco da tensão e a meta de qualquer atuação institucional.

Dentre as atuações institucionais de maior relevância, o protagonismo do Judiciário alcançou especial destaque nas últimas décadas. Entre os inúmeros fatores que contribuíram para a ascensão estão: i) o conteúdo moral da Constituição (DWORKIN, 2006, p. 10) e a tensão constitutiva de sentido entre os princípios que a integram; ii) o fortalecimento dos instrumentos de controle de constitucionalidade e a ampliação dos legitimados para participar do processo constitucional (VILHENA, 2002, p. 228); iii) a maior divulgação da jurisdição constitucional perante a opinião pública após a criação da TV Justiça; iv) a judicialização de casos de repercussão não apenas jurídica, como também política e social, especialmente no plano do STF.

Diante do inevitável protagonismo do Judiciário (especialmente do STF, por representar a Corte constitucional brasileira), estudiosos se

debruçam sobre sua legitimidade democrática. Em outras palavras, como conciliar decisões judiciais que, em nome da aplicação da Constituição, nem sempre encontram respaldo na opinião pública e na aparente vontade da maioria?

As respostas a esse questionamento são as mais diversas possíveis. Existem aqueles que creem na ideia de uma representação indireta (TAVARES, 1998, p. 72), visto que os magistrados dos tribunais superiores são indicados por meio da escolha da Presidência e da sabatina no Senado, sendo falaciosa a ausência de legitimidade democrática ante a ausência de voto direto. A reboque dessa ideia, estaria a percepção dos juízes como emissários do povo.

Há também a percepção de que a legitimidade dos magistrados (com o devido destaque aos Tribunais Superiores) consiste precisamente em assegurar o processo democrático. Jürgen Habermas e Robert Dahl são dois dos principais expoentes que se alinham a esse fundamento. Nas palavras de Habermas (2010, p. 336),

“Sólo las *condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes* aseguran la legitimidad del derecho establecido. Partiendo de esta comprensión democrática de fondo, también cabe dar a las competencias del Tribunal Constitucional un sentido que responda a la intención a que en el Estado de derecho responde de la división de poderes: el Tribunal Constitucional habría de proteger precisamente ese sistema de los derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos”.

Perfilando a mesma linha de pensamento, com as ressalvas das devidas contextualizações, Robert Dahl (2012, p. 298) cria um conceito de *quase guardiania*, aduzindo que a defesa do processo democrático passa pela autoridade não submetida a ele.

Na sequência do questionamento da legitimidade democrática dos juízes, o protagonismo

desemboca em um segundo questionamento: quem deve ser o guardião da Constituição?

A última palavra na interpretação constitucional é um tema que ultrapassa séculos e fronteiras. Autores se digladiam sobre uma eventual resposta, e a teoria constitucional é profundamente profícua nesse tema. A título de ilustração, desde o início do Século XX, Hans Kelsen e Carl Schmitt travavam um extenso debate tendo como fio condutor esse questionamento. Schmitt (2007, p. 13) enxergava a figura do soberano, simbolizada no Presidente do *Reich*, como o responsável pela última palavra. Por outro lado, Kelsen (2013, p. 237-298) vislumbrava o Tribunal Constitucional como o *locus* mais adequado.

Todo o cenário até aqui exposto evidencia como o protagonismo da Corte constitucional é acompanhado pelo (incontornável) ceticismo sobre sua legitimidade e pelo extenso desafio de contextualizá-la em uma democracia (mais precisamente no constitucionalismo democrático). Em meio a todo o arcabouço teórico que circunda a atividade judicial, um fundamento da atuação das Cortes se destaca como um dos argumentos “mais fortes” em sua defesa: trata-se da defesa do direito das minorias ou o caráter contramajoritário da Corte.

Quando se fala em constitucionalismo e direitos fundamentais, a proteção das minorias se assenta como uma das primeiras associações feitas a tais categorias. E é recorrente o socorro a esse argumento nas decisões da Corte.

Dois casos serão avaliados no presente trabalho: o Mandado de Segurança 26.441/DF (BRASIL, 2007) e a Medida Cautelar no Mandado de Segurança 31.816/DF (BRASIL, 2012). Em comum, ambos trouxeram em sua *ratio decidendi* o “direito das minorias” e o caráter contramajoritário da Corte.

Em linhas gerais, o MS 26.441/DF versava sobre a instalação da CPI (Comissão Parla-

mentar de Inquérito) do “Apagão Aéreo”, cujo objeto de investigação seria a crise do sistema de tráfego aéreo brasileiro. Irresignados com os empecilhos dos grupos majoritários, deputados federais apresentaram o remédio constitucional de modo a desobstruir a criação da CPI, cujo provimento lhes foi favorável.

A Medida Cautelar no Mandado de Segurança 31.816/DF tratava da derrubada do veto aposto pela Presidente da República a diversos dispositivos do Projeto de Lei 2.565/2011, que trazia novas determinações sobre a partilha dos *royalties* da exploração de petróleo e afins entre as unidades federativas. Inicialmente, foi deferida a medida cautelar pelo ministro Luiz Fux, o qual determinou que fossem apreciados os demais vetos pendentes, antes da apreciação do referido veto. Todavia, interposto agravo regimental¹ quanto à decisão monocrática, a medida cautelar foi derrubada, tendo a divergência sido calcada na ideia de que a providência liminar não poderia ir além da providência final definitiva. O Mandado de Segurança perdeu o objeto, uma vez que os vetos já foram rejeitados e a Lei nº 12.734/2012, decorrente do referido Projeto, já foi promulgada. Hoje, a Lei nº 12.734/2012 é objeto da ADI 4.917/DF, cuja medida cautelar foi deferida, suspendendo a eficácia de diversos dispositivos.

Os julgamentos acima refletem apenas dois de tantos outros que trouxeram os conceitos “direito das minorias” e “contramajoritário” em sua fundamentação. Assim, não restam dúvidas de que esses fundamentos, amplamente acolhidos pela Corte, operam como uma das principais intenções de proteção dos magistrados que compõem o STF. Vale frisar que essa é a principal justificativa para a pesquisa ter se debruçado sobre esses casos, uma vez

¹ Agravo Regimental na Medida Cautelar em Mandado de Segurança 31.816/DF (BRASIL, 2013).

que a proteção das minorias parlamentares e a do processo legislativo são quantitativamente expressivas (mais comum do que a proteção de representatividade de grupos marginalizados politicamente) quando feita a pesquisa na jurisprudência do STF contendo os indexadores “minorias” e “contramajoritário”.

Os dois julgamentos se refeririam às minorias parlamentares. O MS 26.441/DF buscava preservar o direito (dessas minorias) de instauração da CPI, apesar das manobras do bloco majoritário no Congresso. Nesse mesmo sentido, o MS 31.816/DF buscava preservar a agenda política dos “desmandos” dos grupos majoritários, que não respeitavam a ordem cronológica de apreciação dos vetos.

Conforme se verá na seção seguinte, o conceito de minoria é incerto. Será que faz referência apenas aos blocos parlamentares? Ou faria referência também aos grupos políticos marginalizados? Ou seria apenas um subterfúgio utilizado pela Corte para decidir da forma que lhe aprouvesse? Consequentemente, a indeterminação põe em xeque o próprio caráter contramajoritário da Corte, possivelmente um dos principais aspectos de legitimidade em que essa se sustenta.

Verificada a incerteza que paira sobre as “minorias”, a seção 3 abordará duas formas de se entender a fundamentação dos magistrados, tendo por paradigma as abordagens do “direito como integridade”, na percepção de Ronald Dworkin, e do pragmatismo jurídico, cujo principal expoente é Richard Posner. Tendo como pano de fundo o modo como a Corte enxerga aquele conceito, os dois casos demonstrarão como o STF vem decidindo e os riscos de sua argumentação.

2. A indeterminação do conceito de minoria: o ceticismo que paira sobre o caráter contramajoritário da Corte

Os dois julgamentos mencionados na introdução demonstram como o STF se investe do argumento “proteção das minorias” de modo a embasar decisões. Todavia, a referida proteção circunscreveu-se às minorias parlamentares, a fim de assegurar o devido processo legislativo. Ou seja, a Corte se mostrou contramajoritária nos palcos de representação.

No entanto, o conceito “minorias” não se limita a defender os grupos parlamentares que sucumbem em determinado processo de deliberação. Talvez até mais contundente seria associar tal categoria aos grupos marginalizados, que sequer fazem parte dos espaços públicos de Poder, como fez o STF, por exemplo, na Petição 3.388/RO (BRASIL, 2009), que tratou da demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol e debateu a “questão indígena”.

E esse significado (minorias como aqueles à margem dos processos decisórios) é decorrente de outro significado que o termo já teve. Quan-

do do surgimento dos Estados Nacionais, o termo minoria refletia a tensão entre o projeto homogeneizante derivado da soberania nacional e as particularidades de grupos étnicos (minoritários) (MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 332). Nas palavras de Argemiro Martins e Larissa Mituzani (2011, p. 333):

“Entretanto, com a releitura das funções do Estado, especialmente por sua atribuição social e interventora, o conceito de minorias expandiu-se e abrangeu outras minorias que não aquelas ligadas a uma diferença cultural ou identitária, mas também grupos marginalizados”.

A todo esse conteúdo, pode-se acrescentar outra percepção sobre a categoria, ao menos a partir do caráter argumentativo, de que se reveste a jurisprudência do STF. Teria a roupagem de silogismo retórico, com a finalidade de apresentar a justificativa para uma decisão já tomada, invertendo o processo do silogismo clássico em que a partir da norma se chegaria à decisão. Nas palavras de João Maurício Adeodato (2012, p. 355-356),

“[...] em primeiro lugar, supõe-se que o silogismo não é o meio retórico, e menos ainda o meio lógico, efetivamente utilizado para atingir a decisão no processo estatal. Quando muito, é uma forma de apresentar uma decisão que já foi criada por outros meios. [...] Se há uma ordem cronológica, a norma geral vem depois”.

Ao enxergar o conceito de minoria como silogismo retórico, verifica-se a razão de considerá-lo um argumento forte. Ao anotar termos como “direito das minorias” e “caráter contramajoritário”, a Corte visa dar contornos de legitimidade à sua decisão, mesmo que não haja qualquer correlação com algum dos outros três significados expostos (minoria parlamentar, minoria como grupo marginalizado ou minoria como grupos culturalmente diversos do predominante).

Os julgamentos condutores do presente estudo (o MS 26.441/DF e a Medida Cautelar no MS 31.816/DF) de certa forma se valeram desse último conceito. De modo a defender as minorias parlamentares, uma vez que a instauração da CPI e a agenda política eram o pano de fundo dos casos, os ministros trouxeram a condição do Estado Democrático de Direito e a proteção das minorias (parlamentares) como condição inerente. Todavia, a argumentação poderia ter sido circunscrita ao texto normativo da Constituição, uma vez que estiveram presentes os requisitos do art. 58, §3º (no primeiro caso), ou aos limites semânticos do art. 66, §4º (no segundo caso).

Ao tratar da proteção das minorias, inevitavelmente a Corte busca se valer de maior legitimidade em seus pronunciamentos, demonstrando

como estaria comprometida com o constitucionalismo democrático, já que um de seus desdobramentos seria conter a “tirania da maioria” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 294).

Além da pluralidade de significados que o termo “minoría” pode ensejar, invariavelmente a dúvida recai quanto aos limites do Judiciário em proteger os grupos minoritários. Em outras palavras, qual o limite do caráter contramajoritário representado pela Corte? Acerca dessa questão, Luís Roberto Barroso enxerga um papel supletivo desempenhado pelo STF. Quando as instâncias tradicionais sucumbem no seu papel de representação, a Corte entraria como o *locus* adequado para que tais grupos tivessem seus direitos preservados.

“Enquanto não vier a reforma política necessária, o STF terá de continuar a desempenhar, com intensidade, os dois papéis que o trouxeram até aqui: o contramajoritário, que importa em estabelecer limites às maiorias; e o representativo, que consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais” (BARROSO, 2013, p. 42).

No mesmo sentido, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, ao tratarem da “dificuldade contramajoritária” (BICKEL, 1962, p. 70-71), enxergam o papel inclusivo da jurisdição constitucional, de modo que essa assegure o direito das minorias.

“E não é menos certo que a democracia não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo também o acatamento das regras do jogo democrático, as quais incluem a garantia de direitos básicos, visando à participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como a proteção às minorias estigmatizadas” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 35).

Rodrigo Brandão, por sua vez, enxerga o papel contramajoritário de maneira diversa. Mais

do que um Judiciário assegurador de direitos, a Corte emerge como uma espécie de “instância estabilizadora” de determinados temas, diante de impasses nos palcos de representação. Determinadas matérias, por seu “elevado desacordo moral”, encontram severas dificuldades em seu caminho de proposição legislativa (ou até mesmo de algum tipo de normatização pelo Executivo), ante o enorme custo político que podem representar. Dessa maneira, o papel contramajoritário significaria a transferência do palco de decisão desses temas.

“Note-se, ademais, que em regimes de forte difusão do poder político são produzidos dois efeitos importantes: [...] e de dirimir questões políticas controversas nas quais não há consenso na coalização majoritária (p. ex, aborto, anistia de crimes ocorridos no regime anterior, etc.). Ademais, a fragmentação da coalização governamental dificultará reações políticas à decisão judicial sobre a matéria (*i.e.*, através de emenda constitucional superadora da decisão), de maneira que as dificuldades de decisão e de reação pelas instâncias majoritárias em questões fortemente controversas pavimentam o caminho para a expansão do Judiciário” (BRANDÃO, 2012, p. 74).

Como se observa, além da polissemia do termo “minoría”, existe uma verdadeira indeterminação do caráter contramajoritário de que se reveste a Corte. Seja como asseguradora de direitos, seja como transferência de palco de decisão, esse conceito também contribui para se questionar a legitimidade trazida por esses fundamentos.

Antes de se adentrar na argumentação propriamente dita perpetrada pelo STF, como se dará na seção seguinte, cumpre trazer as lições de Jeremy Waldron, possivelmente um dos maiores céticos quanto ao protagonismo judicial.

Em meio a toda essa indeterminação de que se revestem as categorias centrais da proteção

do direito das minorias, o autor rechaça o caráter contramajoritário das Cortes por duas razões principais: a pluralidade inerente à composição das Assembleias e a defesa do princípio majoritário.

De modo a resgatar a “dignidade da legislação”, termo que inclusive é título de uma de suas obras, Waldron (2003, p. 2) tenta desconstruir a ojeriza que o meio acadêmico enxerga nas legislaturas. E o faz exatamente por acreditar que seriam os palcos por excelência a reproduzir a pluralidade de um povo, com todos os seus desacordos inerentes.

“Nada disso faz sentido, porém, ou, pelo menos, nada disso faz muito sentido evidente no caso de uma legislatura que não é um único indivíduo natural, uma legislatura que, antes, compreende centenas de membros, com opiniões e estados mentais radicalmente diversos (na verdade, em geral opostos politicamente)” (WALDRON, 2003, p. 32).

Assim, muito mais correto seria entender as instâncias legislativas como palcos de decisão, ao invés do Judiciário, uma vez que esse não carrega essa diversidade em sua composição. Para Waldron (1999, p. 280), a democracia não é sinônimo de consenso, e a existência de desacordo é característica típica de sociedades plurais e modernas.

E qual seria o melhor ambiente para o desenvolvimento (e talvez superação) desses desacordos? Para Waldron, inevitavelmente os parlamentos, guiados pelo princípio majoritário. Nas palavras de Conrado Hübner Mendes (2008, p. 87):

“Waldron vê na legislação o produto de um complexo processo deliberativo que leva o desacordo a sério e reclama autoridade sem esconder nem disfarçar as divisões e conflitos que circundam sua produção. Por este motivo, constituiria um foro mais adequado para decisões sobre direitos”.

Além de sua percepção de pluralidade na composição das legislaturas, o que por si só já seria suficiente para desacreditar a tensão maioria *versus* minoria e, conseqüentemente, o perfil contramajoritário das Cortes, Waldron defende o majoritarianismo como a melhor forma de superação dos desacordos.

A proteção das minorias esbarra frontalmente com o princípio majoritário, tendo em vista que uma das principais expressões da vontade popular se dá a partir do “voto da maioria”. Nesse sentido, defender o majoritarianismo seria duvidar do real dimensionamento do direito das minorias, pois aquela decisão pode vir a ser desfavorável aos seus direitos.

Conforme visto na introdução, a tensão entre constitucionalismo (que se desdobra na defesa dos direitos fundamentais da minoria) e democracia (que se desdobra no processo decisório de uma maioria) é um dos principais desafios dos teóricos da constituição.

Ciente desse desafio, Waldron (2003, p. 152-153) descarta a ideia de que o majoritarismo seria pernóstico à democracia. Para o autor, o majoritarismo seria apenas mais uma forma de deliberação (regra decisória), convivendo com inúmeras outras. Inclusive o próprio poder Judiciário se vale dessa ferramenta em suas decisões colegiadas.

Imagine a dificuldade que seria, caso todos os processos de deliberação, seja no Parlamento, seja no Judiciário, dependessem da unanimidade do consentimento de seus membros. É bem provável que nenhuma decisão fosse tomada. Consequentemente, o princípio majoritário representa um meio de solver esses impasses.

Além de ser uma técnica decisória, Waldron (2003, p. 194) visualiza o majoritarismo como uma das melhores formas de se concretizar o princípio da igualdade, pois ao mesmo tempo respeita a diferença de opinião e insere cada pessoa no processo decisório, apesar da divergência.

Corolário dessa ideia seria a categoria desenvolvida pelo autor, chamada de “Física do Consentimento”. Em linhas gerais, essa nomenclatura seria o símbolo de conexão moral de uma comunidade, em que todos os seus membros se veriam na decisão tomada pelo grupo, ainda que suas preferências individuais fossem divergentes (WALDRON, 2003, p. 166).

Determinada decisão vencedora, por consequência, deveria ser encarada tal como um vetor, que também foi influenciada pelas decisões em sentido contrário. No final, a decisão seria do todo coletivo, e não apenas do grupo que se sagrou vencedor no processo de deliberação.

Toda essa construção, ancorada na pluralidade das Assembleias e na defesa do majoritarismo, reflete a posição de Waldron sobre o “direito das minorias” e o caráter contramajoritário da Corte. Para ele, esse fundamento de legitimidade judicial não condiz com a realidade, uma vez que não é empiricamente comprovável (MENDES, 2011, p. 97) a existência de uma tensão maioria *versus* minoria. Ao contrário, a decisão vitoriosa seria uma espécie de “conquista” de uma minoria que se organizou e sobressaiu no processo de deliberação (DAHL, 1957, p. 294).

A conclusão que se extrai da presente seção, com base nas lições de Jeremy Waldron, é principalmente duvidar do perfil contramajoritário da Corte. Tal conclusão, a partir da polissemia que o termo “minorias” carrega consigo (inclusive como desdobramento de um silogismo retórico) e do ceticismo que paira sobre essa categoria, torna questionável esse fundamento de supremacia judicial.

Acreditar que essa instituição seria o palco por excelência de proteção das minorias inevitavelmente mascara um cenário de decisionismo e imprecisão, que apenas se presta a mascarar uma decisão que pouco tem a ver com a “questão minoritária”. Em outras palavras, afirma-se que se está defendendo um grupo minoritário (os parlamentares, nos casos

avaliados), mas a decisão poderia ser tomada de maneira diversa (com base em argumentos supostamente “menos fortes”, porém sem o apelo de legitimidade de que a defesa das minorias se reveste).

Na seção seguinte, será avaliada a argumentação do STF no MS 26.441 e no MS 31.816/DF, tendo por base o seguinte questionamento: a decisão da Corte buscou consagrar o entendimento político pessoal dos julgadores ou aplicar o direito previamente estabelecido? Em síntese, a decisão da Corte foi pragmatista ou corresponde à ideia de “reposta correta”? A resposta a esse questionamento contribuirá para verificar o que representa o “direito das minorias” no processo de argumentação da Corte.

3. O direito das minorias na jurisprudência do STF: busca por uma “resposta correta” ou mais uma decisão pragmatista?

A indeterminação que repousa sobre o conceito de minoria, com a consequente dubiedade do caráter contramajoritário da Corte, denota como a argumentação do STF é muito mais inclinada a conferir legitimidade a suas decisões do que propriamente a exercer um papel de proteção de direitos.

Nesse sentido, diante da incerteza sobre o perfil contramajoritário, cumpre avaliar “como” se acomodam os julgamentos da referida Corte. Para tanto, dois casos serão os balizadores do presente estudo, o MS 26.441 e o MS 31.816/DF, e duas serão as perspectivas teóricas que permitirão a análise da argumentação: o pragmatismo de Richard Posner e o “direito como integridade” de Ronald Dworkin.

Os dois autores consistem em verdadeiros expoentes do atual cenário da filosofia do direito, tendo apresentado inúmeras contribuições especialmente para o conteúdo moral do direito ou a repercussão da moral no mundo jurídico.

Ronald Dworkin (2002, p. 35) formula uma teoria que consiste numa espécie de contraponto ao positivismo jurídico, tendo como principal teórico de contraste Herbert Hart e sua versão positivista de direito proposta no livro *O Conceito de Direito* (HART, 2009, p. 1-2). Os dois pontos de investigação (e de embate) conduzidos por Dworkin são: i) a separação entre direito e moral proposta pela corrente positivista; ii) e a discricionariedade do julgador no processo de decisão nessa corrente.

Em relação ao primeiro aspecto, Dworkin (2002, p. 37) aduz que há uma conexão necessária entre direito e moral, tendo concebido um sistema de direitos que compreendem regras e princípios. E é justamente nessa segunda modalidade de norma que consiste a peculiaridade do

autor, pois os princípios, além de serem diretrizes para o sistema, também apresentam um conteúdo deontológico.

A diferença entre esses tipos de normas é sintetizado por Dworkin da seguinte maneira:

“A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 39).

[...]

“essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (DWORKIN, 2002, p. 42).

De maneira sucinta, a diferença entre as espécies de norma estaria no momento de aplicação e, além disso, na maior participação do julgador no processo de concretização dos princípios, se comparados às regras. No caso dos princípios, a indeterminação normativa é mais intensa, o que requer uma mediação constitutiva de sentido do mediador em face do caso concreto. Já as regras são aplicadas no tudo ou nada, sob pena de invalidade.

O segundo aspecto, na sequência da correlação entre direito e moral, está no enfrentamento da discricionariedade do julgador. Hans Kelsen (2009, p. 390), no capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*, apresenta a ideia de uma moldura, quando da indeterminação no processo de aplicação das regras jurídicas. Essa categoria de “moldura normativa” contemplaria uma liberdade do julgador em eleger uma dentre as diversas possibilidades que o texto apresenta.

E essa moldura é posteriormente retomada na teoria de Hart (2009, p. 351), que também partilhava da ideia de discricionariedade diante da indeterminação da linguagem (naquilo que chamou de “textura aberta do direito”).

O problema, talvez não percebido por Kelsen nem por Hart, seria a abertura proporcionada pelo texto, de modo que os sentidos não poderiam ser esgotados quando da edição legislativa. Ou seja, a interpretação, conforme circunstâncias e no decorrer de épocas, permitiria avançar outros sentidos que seriam inapropriados em determinado paradigma. Nesse sentido,

“[...] são inúmeros os obstáculos à pretensão de fixação de todos os possíveis sentidos de um texto legal ou de antecipação de todas as hipóteses ou formas de aplicação de uma norma. Ainda que o legislador ou mesmo um capaz cientista do direito se esforce para considerar previamente todas as situações que, eventualmente, possam vir a integrar o campo de incidência de uma norma qualquer, para então fixar o(s) sentido(s) do respectivo texto legal, seria impossível esgotar e definir todas as possibilidades dentro de uma moldura. As dificuldades de realizar tal processo com sucesso vinculam-se aos próprios limites da racionalidade humana” (COURA, 2013, p. 131).

A desnaturaçãõ desse processo de aplicaçãõ inevitavelmente recairia numa espécie de decisionismo judicial, ou, nas palavras de Lenio Streck (2009, p. 213), no “solipsismo” do juiz, que supostamente poderia decidir de qualquer maneira frente a determinado caso.

E é justamente combatendo a discricionariedade judicial que Dworkin desenvolve categorias centrais de sua teoria. O autor formula a sua perspectiva de “direito como integridade” com a intençãõ de demonstrar que o magistrado não está desamarrado para decidir da forma que lhe aprouver. Pelo contrário, o juiz tem a missãõ de aplicar o direito, inclusive quando nenhuma regra se evidencie (DWORKIN, 2002, p. 127).

A noçãõ do “direito como integridade” é formulada a partir de um meio-termo entre outras duas correntes jusfilosóficas comuns nos Estados Unidos: o pragmatismo e o convencionalismo. O pragmatismo, que será tratado mais adiante, em brevíssima síntese, corresponderia à ideia de que o juiz deve decidir com base naquilo que seria melhor, no futuro, para a comunidade (DWORKIN, 2007, p. 197). O magistrado estaria desapegado das tradições jurídicas, podendo inclusive sonegar direitos caso seja mais frutífero para a comunidade a longo prazo (conforme se observará a seguir, Posner vai retificar a ideia de pragmatismo proposta por Dworkin).

O convencionalismo, por sua vez, seria o inverso do pragmatismo. Por essa corrente, o juiz estaria envolvido pelas convenções jurídicas, tendo as decisões judiciais, necessariamente, que seguir aquilo que outrora fora decidido (DWORKIN, 2007, p. 144). Assim, o âmbito para inovaçãõ e evoluçãõ da jurisprudência seria restrito, visto que os olhos estariam voltados para o passado.

Em meio a esses modos de pensar o direito, Dworkin passa a fundamentar a sua proposta: o “direito como integridade”. Essa noçãõ, além de compactuar com as duas correntes acima, tenta dimensionar a “integridade” do desempenho da atividade judicial. Em outras palavras, o autor tenta demonstrar como é imperiosa a racionalidade da decisãõ judicial e seu consequente impacto em uma comunidade. Segundo Dworkin (2007, p. 204),

“[O direito como integridade] insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento”.

Assim, a atividade judicial não estaria despida de condicionantes (ou seja, o magistrado não poderia decidir de qualquer jeito). Os princípios e convenções de uma comunidade são exemplos de fatores aos quais o magistrado estaria submetido.

Nesse cenário, Dworkin (2005, p. 238) propõe uma espécie de interpretação construtiva, valendo-se da metáfora do “romance em cadeia”:

“Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juizes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juizes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. [...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora”.

A aproximação que Dworkin faz com a literatura é a forma sutil que ele encontrou para demonstrar a missão do juiz. Sua atividade é como se fosse a continuidade de um projeto que não foi iniciado por ele, porém ele faz parte desse projeto a que será dada continuidade pelas futuras gerações. Ele explicita a missão de coerência com o passado, bem como de adaptação do romance (ou da jurisprudência) às novas circunstâncias que se apresentem conforme o desenrolar da trama (ou dos valores de uma sociedade).

Além do “romance em cadeia”, outra metáfora literária a que Dworkin (2005, p. 287) recorre é à figura mítica do “Juiz Hércules”. Trata-se de uma alegoria lançada pelo autor, de modo a criar uma espécie de juiz que estaria atento a avaliar todas as peculiaridades, todos os princípios jurídicos e todas as convenções que repousam sobre certo caso judicial.

E essa alegoria conduz a uma terceira categoria na teoria de Dworkin. O método “hercúleo” de interpretação seria a maneira pela qual se alcançaria a resposta correta. A “tese da resposta correta” é o principal ponto de tensão com a discricionariedade defendida pelos positivistas.

Dworkin não propõe que, para todo caso em xeque, haja “a” resposta certa. A ideia do autor é justamente realçar o esforço (hermenêutico) que deve dispensar o magistrado levando em consideração todas as circunstâncias que cerceiam o caso (tal como o mito do “Juiz Hércules”). Nesse

sentido, a “tese da resposta correta” também se apresenta como um tipo ideal, representando a tentativa de que o juiz se aproxime da “resposta mais adequada” (DWORKIN, 2005, p. 209). Em síntese, a proposta de Dworkin é uma interpretação construtivista, que tenta harmonizar racionalidade, integridade, coerência e segurança jurídica:

“Com a realização de tal interpretação construtiva, cada juiz torna-se capaz de alcançar uma decisão idealmente válida em cada caso concreto, apoiando sua justificação em uma ‘teoria’ que reconstrua racionalmente a ordem jurídica dada, de forma que o direito vigente possa ser justificado com base em um conjunto ordenado de princípios dispostos como uma corporificação coerente e íntegra” (COURA, 2009, p. 253).

Verificadas as principais categorias da proposta do “direito como integridade”, cumpre avaliar um de seus concorrentes teóricos: o pragmatismo jurídico. O principal aspecto dessa perspectiva é a desconfiança que repousa sobre as conceituações e sobre a ideia de uma metafísica capaz de explicar os fenômenos (CARVALHO, 2008, p. 204).

Diversos estudiosos se filiam (ou se catalogam como adeptos) ao pragmatismo jurídico. Hoje, o principal expoente dessa linha é Richard Posner, especialmente diante dos debates travados com Dworkin. Portanto, trata-se aqui do pragmatismo jurídico a partir de Richard Posner.

Conforme assinalado acima, Dworkin coloca o pragmatismo ao lado do convencionalismo de modo a exteriorizar a sua ideia do “direito como integridade”. No entanto, o pragmatismo jurídico vai além da simples dimensão consequencialista que o autor descreveu em sua obra.

Para Posner, a consequência se apresenta como mais um fator (crucial) a ser considerado pelo magistrado no processo de decisão. Ao invés de se basear em teorias e conceitos

metafísicos, a atividade judicial deve levar em conta aspectos práticos em sua abordagem. Nas palavras de Posner (2012, p. 358):

“Interesso-me pelo pragmatismo entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”.

Essa proposta de Posner (2012, p. 6) é consequência de sua crítica ao que ele chama de “moralismo acadêmico”, que consistiria na prática comum do círculo universitário de criar teorias morais para os mais variados casos cotidianos. Autores que seriam “moralistas acadêmicos”, tal como Dworkin para Posner, acreditam que essas teorias são capazes de influenciar os juízos morais e, obviamente, a prática judiciária em geral.

Todavia, Posner formula dois tipos de argumentos sobre os impactos das teorias morais nos juízos morais individuais: o argumento forte é que as teorias morais não influenciam juízos morais; e o argumento moderado é que as teorias morais, ainda que influenciem juízos morais, não devem influenciar juízos jurídicos (POSNER, 2012, p. 3-4).

Posner se autointitula relativista moral, rejeitando a existência de uma verdade moral universal tal como as teorias morais propõem. Para ele, padrões de conduta são alterados pela própria racionalidade humana, a qual é pouco influenciada pelas teorizações morais.

A rejeição da aplicação da moral no direito, ao menos da mistura entre discursos morais e discursos jurídicos, é a principal divergência que se vislumbra entre a teoria de Dworkin e a de Posner. Enquanto aquele prevê uma conexão necessária, conforme observado acima, este enxerga o discurso jurídico comprometido não apenas com a moral.

Nesse sentido, as convicções morais concorrem com diversos outros fatores na atividade judicial pragmática, de modo a realizar aquilo

que seja melhor para a comunidade. Posner (2012, p. 382) sintetiza da seguinte maneira:

“Isso significa que o juiz pragmatista encara a jurisprudência, a legislação e o texto constitucional sob dois aspectos: como fontes de informações potencialmente úteis sobre o provável melhor resultado no caso sob exame [...] Porém, como vê essas ‘fontes’ somente como fontes de informação e como restrições parciais à sua liberdade de decisão, ele não depende delas para encontrar o princípio que lhe permite decidir um caso verdadeiramente inusitado”.

Em síntese, a atividade judicial pragmática se presta a oferecer os melhores resultados para a comunidade, enxergando direitos como instrumentos (CARVALHO, 2008, p. 207-208), os quais podem ser postos de lado, caso se verifique que assim o seja para o bem da comunidade. Até mesmo o entendimento jurisprudencial (e a coerência das decisões) pode ser sonogado, caso se verifique que o desenvolvimento da sociedade se dará melhor noutro sentido.

Muito embora se esteja diante de uma doutrina bastante sedutora, afinal confere um dimensionamento político para a atividade judiciária, o pragmatismo esbarra em questionamentos óbvios. Quem determinaria o que seria melhor para a comunidade? Os próprios juízes (CARVALHO, 2008, p. 214)?

E como é possível admitir que os juízes seriam os melhores a determinar o melhor para a comunidade? Quais os critérios utilizados e como avaliar sua performance? É nessa série de questionamentos que Dworkin (2010, p. 130) repousa seu ceticismo em relação à teoria pragmática de Posner:

“Portanto, o pragmatismo moral tem parecido a muitos críticos uma teoria vazia: estimula os esforços voltados para o futuro em busca de um futuro que se recusa a descrever”.

Além da falta de critério, invariavelmente o pragmatismo não está vinculado à necessidade de exteriorizar a racionalidade das decisões, o que, consoante tratado acima, é indispensável para a legitimidade da jurisdição (constitucional). Sem falar na integridade/coerência das decisões, elemento indispensável para a obtenção da segurança jurídica, pois só assim o afetado pela decisão poderia se enxergar nela (mesmo que contrária aos seus interesses).

Pelas razões acima, é insofismável que a proposta de Dworkin se mostra muito mais preocupada com a decisão judicial e sua legitimidade do que o pragmatismo. A missão do magistrado em alcançar uma “resposta

adequada” delinea sua postura frente ao caso concreto, sua preocupação com as tradições, jurisprudência e os princípios subjacentes, o que permite que a decisão judicial seja vinculada ao direito democrático estabelecido, e não apenas ao comportamento subjetivo do magistrado.

A partir dessas abordagens, cumpre avaliar os julgamentos que ilustram o presente caso. Parece claro que tanto o MS 26.441/DF, quanto a Medida Cautelar no MS 31.816/DF, que trouxeram como principal fundamentação a proteção das minorias parlamentares, se coadunam com uma “resposta correta”; instalar a CPI (no primeiro caso) e manter a integridade na ordem da agenda política dos vetos (no segundo caso).

Em que pese a medida cautelar ter sido revogada no segundo caso, com base nos argumentos de que se tratava de matéria *interna corporis* do Congresso e não seria cabível o mandado de segurança como instrumento sucedâneo de controle preventivo de constitucionalidade, a avaliação que é feita é da coerência do fundamento da medida liminar que trouxe o “direito das minorias” em sua fundamentação.

Independentemente do (des)acerto das decisões acima, o caráter pragmatista da Corte se verificou na *ratio decidendi*, ao invocar as categorias de “direito das minorias” e “contramajoritário”. Conforme tratado na seção anterior, existe profunda indeterminação sobre o conceito de “minorias” e, conseqüentemente, o perfil contramajoritário do STF nem sempre se verifica na prática. Por essa razão, a principal finalidade de a Corte se valer de tais categorias é conferir maior legitimidade e aceitação à decisão final proferida.

É justamente o apelo a tais categorias que demonstra uma faceta pragmatista, ainda que a decisão final possa ser acertada. Nos dois casos, não há correspondência entre a efetivação dos direitos das minorias, o caráter contramajoritário e a decisão tomada. O pronunciamento

poderia ter sido restrito ao sentido amplamente compartilhado do art. 58, §3º (no primeiro caso) e do art. 66, §4º (no segundo caso), ambos da Constituição. Mas a corrente “ornamentou” a fundamentação, trazendo aspectos relativos àquelas categorias.

O ceticismo exposto aqui sobre o perfil pragmatista do juiz se aplica a uma Corte pragmatista. A ausência de critérios e a quebra de uma racionalidade comprometem a adequação dessa instituição ao “constitucionalismo democrático” debatido na introdução. Apesar de acreditarem que, revestindo a fundamentação com categorias densas como o “direito das minorias” e o “caráter contramajoritário” haveria um maior grau de legitimidade, o efeito é inverso. Independentemente de ser acertada ou não, a decisão passa a não corresponder ao desenvolvimento do discurso, o qual apenas serve de mero suporte para aquela.

4. Considerações finais

Todo o percurso transcorrido teve como pano de fundo a busca pela compatibilização entre uma Corte constitucional (simbolizada no STF) e a ideia de um “constitucionalismo democrático”. E a argumentação desenvolvida pelos magistrados desempenha o principal papel de concatenar esses pressupostos, naquilo que Habermas (2010, p. 266) identificou como tensão imanente entre segurança jurídica e justiça nas decisões.

Assim, pode-se observar que um dos argumentos mais contundentes que poderia desempenhar esse papel seria a defesa do “direito das minorias” e o perfil contramajoritário da Corte. No entanto, essas categorias são polissêmicas e indetermináveis, tendo o termo “minorias”, por vezes, feito o papel de silogismo retórico, com a finalidade de conferir uma diferente “roupagem” à decisão tomada pelos magistrados.

A noção de uma “resposta correta” dá lugar a uma postura pragmática, em que a Corte não trata de buscar a real proteção e aplicação de direitos que seriam inerentes às condições das minorias (ainda que parlamentares). O discurso se esconde em meio a uma argumentação meramente retórica, que se vale de conceitos fluidos, com amplo espectro de significados. Conforme verificado no MS 26.441/DF e no MS 31.816/DF, a decisão pode até ter sido a mais adequada, porém a fundamentação não expôs quais seriam os direitos das minorias, tampouco o real conteúdo do papel contramajoritário das Cortes.

Assim como os julgamentos acima, inúmeros outros seguem esta característica: decisão, apesar da fundamentação. Conceitos como moralidade pública, dignidade da pessoa humana, segurança nacional, etc., entre tantos outros conceitos “guarda-chuvas”, se prestam a dar “ares” de legitimidade, sem que seu conteúdo seja precisamente delimitado (ESCOSSIA; MOREIRA, 2014, p. 101-118).

Essa nociva prática judiciária produz efeito reverso. Ao invés de conferir a desejada legitimidade, passa a comprometer a racionalidade das decisões e a consequente ideia de segurança jurídica. Dessa forma, os pronunciamentos passam a ser uma espécie de loteria, com decisões aleatórias sendo tomadas. E a fundamentação seria um simples adereço, sem qualquer influência na decisão. Afinal, ela já foi tomada. E, supostamente, o juiz sabe o que está fazendo.

Sobre os autores

Alexandre de Castro Coura é doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais, professor do programa de pós-graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória e Promotor de Justiça. E-mail: alexandrecura@ig.com.br

Matheus Henrique dos Santos da Escossia é graduando e bolsista de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de Vitória. E-mail: matheushsescossia@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²

THE FALLACY IN THE MINORITY RIGHTS: THE PRAGMATIC FACET OVER THE COUNTERMAJORITARIAN COURT’S PROFILE

²Sem revisão do editor.

ABSTRACT: The following article aims to investigate the meanings extracted by the categories called “minority rights” and “countermajoritarian” after the Supremo Tribunal Federal cases. Therefore, we will evaluate two decisions that bring these categories in its *ratio decidendi*, the Mandado de Segurança 26.441/DF and the Medida Cautelar in the Mandado de Segurança 31.816/DF, in order to verify how the Court interprets these terms. These judgments will be conducted by the conceptual uncertainty set in the doctrine, as well the legitimacy under the Court’s countermajoritarian profile. In the end, the study will debate two conflicting theoretical frameworks, the “law as integrity” by Ronald Dworkin and the juridical pragmatism by Richard Posner, in order to evaluate the connection between the fundamentals and the decision developed in the deliberation process.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL JURISDICTION. MINORITY RIGHTS. INTEGRITY. PRAGMATISM. ARGUMENTATION.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs-Merrill, 1962.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 26.441/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, 25 abr. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388/RR. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 19 mar. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 25 set. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar no mandado de segurança n. 31.816 MC/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 17 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na medida cautelar em mandado de segurança n. 31.816/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 27 fev. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 maio 2013.

CARVALHO, Lucas Borges de. Integridade, pragmatismo e decisão judicial: um debate entre Hércules e Jobim. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 16, n. 64. Jul./set. 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, 2003.

COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

_____. Sobre discricionariedade e decisionismo na interpretação e aplicação das normas em Kelsen. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). *A diversidade do pensamento em Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, v. 6, 1957.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Uma questão de princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESCOSSIA, Matheus; MOREIRA, Nelson Camatta. A sereníssima república e o estado de exceção: quando o STF sucumbe aos argumentos de política. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 15, jan./jun. 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y e Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

HART, Herbert. L. A. O conceito de direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MARTINS, Argemiro; MITUZANI, Larissa. Direito das minorias interpretado: o compromisso democrático brasileiro. *Sequência*, n. 63, dez. 2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILHENA, Oscar Vieira. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.