



## O PAPEL DA POLÍTICA NA ATUAÇÃO DAS CORTES SUPREMAS

### Uma comparação entre Brasil e México

<http://dx.doi.org/10.25091/S01013300201800010004>

JULIANO ZAIDEN BENVINDO\*  
FERNANDO JOSÉ GONÇALVES ACUNHA\*\*

#### RESUMO

O avanço das cortes constitucionais como *loci* privilegiados dos debates políticos tem ensejado uma farta literatura no direito constitucional comparado. Com base na análise comparada com a suprema corte mexicana, este artigo sustenta que a fragmentação política no Brasil tem impactado a conquista de espaço crescente do STF, confirmando que, para analisar a atuação política de supremas cortes, é preciso entender como compromissos sociopolíticos são alcançados.

**PALAVRAS-CHAVE:** *fragmentação política; separação de poderes; tribunais constitucionais; cortes supremas.*

#### Politics and Supreme Courts: A Brazil-Mexico Comparison

#### ABSTRACT

The rise of constitutional courts as central players in political debates have fostered a rich literature in comparative constitutional law. By comparing Brazilian and Mexican supreme courts, this paper argues that the political fragmentation in Brazil has had a major impact on the rising presence of its supreme court (STF) in political matters. Therefore, in order to assess the political situation of supreme courts, a crucial step is to focus on how sociopolitical compromises are reached.

**KEYWORDS:** *political fragmentation; separation of powers; constitutional courts; supreme courts.*

[\*] Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil. E-mail: juliano@unb.br.

[\*\*] Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil. E-mail: facunha@unb.br.

[1] Esse tópico é comum em direito constitucional comparado, prevalecendo, ainda, uma discussão normativa sobre o tema. A respeito, entre outros, ver Waldron (2006), Tushnet (1999) e Habermas (1996).

O reconhecimento do papel político de cortes supremas e de tribunais constitucionais tem sido recorrente na literatura dedicada ao estudo do direito constitucional comparado. Em obra seminal sobre o assunto, Hirschl (2007) identifica uma tendência global de transferência de competências dos ramos eleitos do poder público—executivo e legislativo—para o judiciário. Seu argumento, mais do que uma análise normativa do local legítimo de fala em matérias de forte desacordo moral (Waldron, 2006; Tushnet, 1999; Habermas, 1996),<sup>1</sup> é de matriz empírica e se volta para o comportamento dos agentes em temas políticos, econômicos e jurídicos. Para o autor,



tal movimento cumpre, entre outros, uma estratégia de manutenção de poder por grupos que temem o regular desenrolar do jogo político democrático, uma vez que preferem apostar em cortes capazes de desempenhar uma função claramente conservadora como instrumentos de manutenção do *status quo*.

Independentemente da crítica que se faça a essa visão de conservadorismo, é inegável que essa identificada alteração do *locus* central dos debates sobre políticas públicas e escolhas fundamentais (constitucionais) de cada país tem sido motivo de não raras críticas por ocasião dos déficits participativos que a crescente judicialização propicia. Além do mais, tem ensejado movimentos que lançam relevantes dúvidas sobre sua legitimidade democrática, tais como o crescente emprego de uma linguagem técnica mais seletiva, o aumento dos riscos envolvidos na escolha de membros dos tribunais superiores e a prática decisória sobre temas fundamentais e de forte impacto social em ambientes arredios à intervenção do *demos*.

A respeito, afirmam Ríos-Figueroa e Taylor (2006, p. 766, tradução nossa):

*Primeiramente, o crescente deslocamento dos conflitos políticos de suas arenas tradicionais nos ramos executivo e legislativo para o judiciário pode produzir uma deliberação pública saudável em temas ligados a importantes políticas públicas, mas também atrasa e coloca em risco de ineficiência a resolução de necessidades coletivas. É o crescente papel do judiciário na deliberação pública de escolhas políticas desejáveis sob o ponto de vista da estabilidade do regime democrático? [...] Como resultado da crescente ênfase no judiciário como um local vital de deliberação, os riscos envolvidos nas nomeações de juízes, nas modificações de regras e noutras formas de influência externa tendem a aumentar. À medida que o judiciário se torna progressivamente politizado, a questão-chave passa a ser como as novas democracias podem atingir um equilíbrio adequado entre independência judicial e controle.*

Godoy (2017), no bojo de uma avaliação ampla da organização dos poderes e de sua implicação para a efetividade dos mecanismos de democracia participativa previstos na Constituição de 1988, alerta para o fato de que “a crítica contundente que se faz à supremacia judicial deve também levar em consideração essa crítica sobre a *forma de organização e exercício do poder*” (Godoy, 2017, p. 109, grifo nosso). Para ele, sem que se tornem os poderes afeitos à realização dos direitos constitucionalizados, ecoando a lição de Gargarella (2013), sempre os instrumentos de ampliação democrática tenderão a ceder ante as limitações orgânicas.<sup>2</sup>

Estudos como esses enfatizam um aspecto altamente relevante da judicialização da política, que é a sua *perspectiva institucional*. Nesse viés,

[2] Para Gargarella (2013, pp. 132–139), a parte orgânica da Constituição trata das normas responsáveis pela estruturação do poder e do Estado; neste texto, ela é parte do que chamamos de *arranjos institucionais*, que se somam às *políticas* e ao *comportamento dos agentes* como determinantes para a atuação das Cortes.

o destaque vai para temas de organização e estruturação que exercem influência sobre a atuação das cortes, tais como a previsão (cada vez mais ampliativa) de suas competências, o estabelecimento de garantias institucionais (orgânicas e individuais), a relação de matérias positivadas pelo direito (cujo crescimento é diretamente proporcional à maior oferta de campos de atuação para o judiciário), entre outros.

Entretanto, ao lado do tema institucional, há um aspecto adicional fortemente político que é decisivo para que se compreendam os limites, os incentivos e as formas de atuação do judiciário em temas constitucionais sensíveis. Helmke (2010), por exemplo, dedica-se a analisar a relação entre a estabilidade judicial e o grau de apoio público (legitimidade popular) das cortes, ponderando que este é um fator fundamental—embora não o único—para se mensurar quão sólida é sua posição e sua capacidade de reagir contra tentativas de ataque pelos demais ramos do governo.

Este trabalho vai se valer de uma perspectiva comparada de análise, uma vez que pretende estudar a atuação e a posição do STF brasileiro valendo-se de alguns estudos sobre a Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) do México. Como veremos, a comparação é justificável por inúmeros elementos de aproximação entre as realidades jurídico-constitucionais de ambos os países, que são perceptíveis, por exemplo, pelo fato de se constituírem em democracias jovens, nas quais a fragmentação político-partidária é um fenômeno relativamente recente. Ademais, essas cortes estão inseridas em ambientes de forte centralização de competências (judiciais e administrativas), o que se reflete sobre seus sistemas políticos de maneira perceptível, ao que se soma a existência de outros fatores de aproximação, como problemas semelhantes de formação de uma lógica decisória coerente nos seus julgados, a ainda alta “taxa de sucesso” dos governos, entre outros.

Indicado o paradigma de comparação, cabe apontar que, segundo Ríos-Figueroa (2007), a existência de um regime de *divisão efetiva de poderes* acaba por ser fundamental para que haja uma atuação mais independente—e, como sói ocorrer, mais ativa politicamente—das cortes supremas e dos tribunais constitucionais. Como veremos a seguir, o autor aponta a emergência da SCJN mexicana como um órgão superior de um *judiciário efetivo* não por conta do incremento de suas competências constitucionais, de sua reorganização ou da estabilização de suas garantias institucionais, mas da existência de uma *real divisão de poder* entre os partidos políticos mexicanos. Somente então é que a SCJN, segundo defende o autor, teria aparecido como um ator independente no cenário político do país, capaz de exercer influência política real sobre temas constitucionais.

O que se percebe, assim, é que aspectos institucionais se conjugam com elementos políticos para compor o mosaico de razões

para uma determinada postura judicial, o que, fazendo a análise comparada com a realidade brasileira, suscita o questionamento sobre o papel de enorme destaque que é exercido atualmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Sem relegar nenhum campo de análise, mas compreendendo que aspectos institucionais e fático-políticos são constitutivos do contexto em que se insere a atuação judicial contemporânea, este artigo quer se dedicar a responder a esse questionamento e a examinar criticamente o protagonismo político assumido pelo STF desde a Constituição de 1988, algo que tem sido fortemente reafirmado em anos recentes. No entanto, ciente de que outros trabalhos deste número dedicar-se-ão às críticas mais específicas sobre o funcionamento, a estrutura institucional, os poderes e a atuação da Corte sob uma perspectiva interna, o enfoque adotado por este texto é o do *constitucionalismo comparado*. Com base no exame do impacto que um novo contexto político de divisão de poder teve sobre a guinada na atuação da SCJN, de 2000 em diante, serão extraídos os elementos para um estudo da posição ocupada pelo STF, a fim de compreender os mecanismos que possibilitam que o Tribunal atue como o faz na contemporaneidade.

Para tanto, na primeira seção deste trabalho, serão examinadas, de forma resumida, possíveis correlações entre os arranjos institucionais—especialmente em termos de outorga de competências e legitimidade processual—e a forma de atuação das cortes, além de, à luz da modificação do papel da SCJN ao longo do processo de reformas constitucionais e políticas por que passou o México na década de 1990, buscar-se entender como a redistribuição do poder político pode impactar no papel exercido pelas cortes supremas e tribunais constitucionais. Num segundo momento, usando o material de análise das seções precedentes, este trabalho vai se voltar a examinar as condições—políticas e institucionais—que permitem ao STF ocupar a posição de protagonismo que atualmente exerce no contexto jurídico e político do Brasil. As conclusões debaterão perspectivas de futuro e possíveis implicações democráticas.

#### **INSTITUIÇÕES E POLÍTICA NA ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE MEXICANA**

Como já referido nas linhas introdutórias deste texto, um tema recorrente na literatura que se dedica a examinar a atuação do poder judiciário refere-se ao grau de influência exercido por elementos institucionais—tais como a forma de organização das cortes, a existência de mecanismos de garantia e proteção da autonomia de seus componentes, as listas de competências outorgadas etc.—para a explicação do comportamento dos juízes e, especialmente, dos membros das cortes supremas e dos tribunais constitucionais.

Afinal, como bem afirmou Holmes (1993), “as instituições podem fazer diferença mesmo quando não fazem *toda* a diferença” (Holmes, 1993, p. 123, tradução e grifo nossos).

A existência de cortes altamente protegidas pelas normas constitucionais e infraconstitucionais—em termos salariais, de mandatos, de garantias de não intervenção, orçamentários e assim por diante—e, mais especificamente, com listas de competências amplas (decorrentes, a um só tempo, da soma entre a previsão de inúmeros mecanismos de atuação e a generosidade em termos de legitimidade para a judicialização de temas diversos da vida cotidiana) ajuda a explicar o não desprezível grau de intervenção judicial em matérias de políticas públicas na América Latina nos dias de hoje. De acordo com Ríos-Figueroa e Taylor (2006), “em países tão diversos como Brasil, Colômbia, Costa Rica e México, decisões nessas matérias têm sido fortemente influenciadas pelos juízes”, a ponto de dizerem que “a influência judicial em matérias de políticas públicas está emergindo como uma das tendências mais importantes na política pós-transição da América Latina” (Ríos-Figueroa; Taylor, 2006, pp. 739–740, tradução nossa).

Cabe, no entanto, antes de aprofundar a análise, justificar a escolha do paradigma de comparação. Afinal, por qual razão a estrutura, a atuação e o contexto em que se insere a SCJN mexicana seriam aptos a amparar qualquer estudo sobre o STF?

O México, de forma similar ao que se passou no Brasil, redemocratizou-se recentemente. Segundo Castagnola e Noriega (2017a, p. 68), há relativo consenso na literatura política e jurídica mexicana de que a transição democrática—iniciada a partir do final da década de 1980—tornou-se efetiva apenas quando o Partido Revolucionário Institucional (PRI) perdeu as eleições para a presidência da república de 2000, deixando o poder após cerca de sete décadas ininterruptas.

O processo de democratização legou ao país uma corte suprema que, desde então, começou a ocupar um papel central em sua vida política e constitucional, algo que jamais havia ocorrido antes, destacando-se possuir a corte uma força institucional bastante proeminente (Pou Giménez, 2017, p. 118). Para Ginsburg, “o processo de reformas democráticas no México desde o início dos anos 1990 tem sido notável em muitos sentidos, e a crescente importância do direito e das cortes é certamente um dos mais importantes aspectos”, indicando que “a Suprema Corte mexicana tornou-se um ator político muito mais relevante” especialmente depois “da reforma judicial que foi implementada no começo de 1995, algo que se acelerou com as eleições de 2000, que levaram à primeira mudança no poder em várias décadas” (Ginsburg, 2017, p. 1, tradução nossa).

Desde a reforma constitucional de 1994, a SCJN ostenta competências concomitantes de controle abstrato e concreto de constituciona-

lidade de normas jurídicas, podendo tomar decisões com eficácia *erga omnes*, além de ter mantido poderes administrativos de que já dispunha e expandido a sua lista de atribuições noutras ramos do direito. Nesse sentido caminha o relato de Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa (2017, p. 28, tradução nossa):

*A reforma constitucional chave desse período ocorreu em 1994, quando a Suprema Corte teve para si delegados poderes consideráveis de controle de constitucionalidade, além do fato de sua composição ter sido reduzida e renovada de forma a aumentar a sua legitimidade e a sua independência em relação aos outros ramos do governo (ver, p. ex., Fix-Fierro, 2003). A reforma de 1994 aumentou substancialmente os poderes de controle de constitucionalidade dos membros da Suprema Corte mexicana com a criação de instrumentos concretos e abstratos de controle com a possibilidade de produção de efeitos erga omnes, além de ter garantido a seus juízes um mandato efetivo de quinze anos.*

Essa é uma posição institucional muito similar àquela ocupada pelo STF no Brasil, na medida em que, em termos de competências, contexto e formas de atuação, há notável similaridade entre a SCJN e o STF. O art. 102 da Constituição Federal brasileira dá noção do enorme espaço de atuação atribuído ao STF, já que, tendo-se em perspectiva a amplitude das matérias tratadas pelo texto constitucional de 1988 e a grande lista de competências que lhe é atribuída, é possível concluir que a suprema corte brasileira pode potencialmente intervir em quase qualquer aspecto da vida jurídica do país. Isso, como é de conhecimento público, é uma das razões que torna a pauta do STF extremamente abarrotada, marcando uma atuação muitas vezes morosa pelo acúmulo de processos.

É o que Ginsburg também enxerga no México, cuja Suprema Corte “deve estar preocupada com a sua própria jurisprudência constitucional, com o gerenciamento de um judiciário complexo e com a decisão de recursos contra decisões de todo o país”, o que, para ele, “torna a sua pauta de certa forma algo impossível de ser gerida”, já que, “na transição para a democracia, a Suprema Corte mexicana foi acumulando tarefas sem descartar nenhuma” (Ginsburg, 2017, p. 4, tradução nossa).

A essas semelhanças podem ser adicionadas várias outras. Destacaremos, porém, apenas uma. Pou Giménez (2017) explora os problemas de indeterminação e incoerência nas decisões da SCJN e como isso afeta a sua legitimidade. A autora ressalta, por exemplo, a existência de inúmeros julgamentos em que não é possível extrair uma linha de raciocínio unívoca, clara e coerente que represente o posicionamento da corte, apontando que casos mais complexos são marcados por uma miríade de votos conflitantes, com difícil extração da *ratio decidendi* e

com a inexistência da projeção de um método coerente de argumentação. Ela ainda destaca o recente televisionamento das sessões, a pouca inclinação dos juízes para modificar as suas posições já cristalizadas em votos previamente escritos, entre outros.

Veja a descrição da autora (Pou Giménez, 2017, p. 132, tradução nossa):

*Por último, mas não menos importante, a fraqueza da voz institucional e colegiada da Suprema Corte mexicana e a diluição da argumentação é enfatizada por um aspecto do procedimento decisório já mencionado na seção II: o fato de que os juízes agora participam de debates públicos televisionados sem ter previamente alcançado uma decisão coletiva em temas sob discussão—uma decisão coletiva que raramente aparece no curso dos debates. Como é sabido, um dos valores da deliberação reside precisamente em sua capacidade de mudar o pensamento dos que estão nela envolvidos em reação aos argumentos dos demais partícipes; sob o sistema atual de discussão plenária da Suprema Corte mexicana, a deliberação foi enfraquecida. A corte não chega a um resultado coletivo: os juízes examinam o rascunho previamente disponibilizado pelo relator do caso, discutem com suas assessorias qual será a sua posição e a apresentam em público—usualmente por meio de votos pré-elaborados lidos na sessão—, raramente modificando a sua posição à luz da posição dos demais. Os resultados foram documentados na seção II: o debate plenário torna-se uma coleção de visões unilaterais geralmente impossíveis de se combinar num único e coerente documento, que deve ser produzido pelos assessores depois da coleta de votos—o que é feito com grande dificuldade e com limitadas possibilidades de sucesso.*

O quadro é muito similar ao vivido no STF atualmente. Por essas e muitas outras razões, a comparação proposta é entendida como pertinente, já que se assemelham muito os perfis das cortes supremas do México e do Brasil. Nessa linha de raciocínio, Ríos-Figueroa e Taylor (2006) são alguns dos autores que compreenderam essas semelhanças (e também as perceptíveis diferenças) e estudaram comparativamente a atuação do STF e da SCJN em relação ao grau de intervenção de cada tribunal em questões decididas pelos ramos eleitos do governo de cada país. Segundo os autores, os diferentes arranjos institucionais que vigoram no Brasil e no México seriam capazes de explicar as diferenças não apenas do comportamento dos dois tribunais supremos, mas também dos atores políticos envolvidos em disputas tão diversas quanto as que envolveram as reformas previdenciárias (em ambos os países) e as lutas acerca das privatizações (Brasil) e das nacionalizações (México) de setores da economia.

No caso brasileiro, a expansiva legitimidade outorgada pelo sistema constitucional a diversos atores para questionar o assunto di-



retamente no STF teria sido uma das causas da demora na aprovação de uma reforma considerada vital pelo governo eleito em meados da década de 1990 (a reforma constitucional do sistema previdenciário). Destacando a possibilidade de fortes atuações individuais dos ministros do STF (inclusive pela concessão de liminares monocráticas com efeitos irradiadores ou pela manifestação pública de opiniões dos componentes do tribunal fora dos autos, com repercussões políticas bastante significativas)<sup>3</sup> e o peso que o STF deu para a questão, os autores indicam que a estratégia de condução dos grupos que se opunham à reforma foi inteiramente moldada pela resposta judicial obtida na mais alta corte judicial do Brasil (Ríos-Figueroa; Taylor, 2006, pp. 757–759).

Os efeitos da inserção do STF no caso foram sentidos pela redução da amplitude das alterações constitucionais que o governo pretendia aprovar em relação ao sistema previdenciário nos anos 1990. A propósito, não é demais lembrar que, independentemente da avaliação de mérito e do sentido de tais reformas, a situação previdenciária do Brasil ocupa o centro dos debates públicos até hoje, e não é difícil imaginar que, qualquer que seja o resultado das alterações mais recentemente propostas, o Judiciário — e especificamente o STF — será certamente chamado a expressar a sua posição.

Em linha contrária, no caso mexicano, apontam os autores que a impossibilidade de acesso processual direto à SCJN por grupos contrários à reforma previdenciária<sup>4</sup> teria sido determinante para que o combate judicial tivesse sido feito primordialmente por meio de ações de *amparo*,<sup>5</sup> requeridas nas instâncias originárias de jurisdição, algo que minou a interferência judicial na reforma e acabou por permitir a sua aprovação final.

O argumento usado pelos pesquisadores pode ser entendido com base no seguinte excerto de Ríos-Figueroa e Taylor (2006, p. 761, tradução nossa):

*Para sintetizar, sem abordar os aspectos substanciais dos dois casos, o que se pode ver aqui é que, muito antes de qualquer juiz se envolver na reforma previdenciária, regras institucionais influenciaram os padrões de contestação judicial da política pública. Além do mais, a estrutura institucional influenciou as táticas legais e políticas dos opositores e, como demonstra o caso brasileiro, até mesmo ajudou a forjar uma aliança estratégica entre servidores públicos e partidos políticos que se opunham à reforma.*

Porém, entendemos que, conquanto não se possa negar o impacto de temas institucionais como os acima destacados, cumpre, por outro lado, não exagerar na importância dessas questões a ponto de causar um descuido quanto ao peso específico da *política* (e, também, da eco-

[3] Para uma análise cuidadosa sobre o poder individual dos ministros do STF e como suas atuações impactam no processo político, ver Arguelhes e Ribeiro (2015) e Arguelhes e Hartmann (2017).

[4] Apesar de não ser a única diferença entre os sistemas, este trabalho dá ênfase a essa questão procedimental, já que grande parte da explicação do exemplo considerado deriva daí. Ver Ríos-Figueroa e Taylor (2006, pp. 742–755).

[5] Instrumento previsto no art. 107 da Constituição Mexicana, cujo objeto pode incluir o controle de constitucionalidade. Seu julgamento produz apenas efeitos *inter partes*; ademais, o *amparo*, como instrumento de garantia de direitos, é cada vez menos eficaz diante de crescentes limitações procedimentais. Ver Castagnola e Noriega (2017b, p. 97).

[6] Przeworski (2004, p. 528) pergunta-se até que ponto os fatores “pré-institucionais” (como o nível de renda, as relações efetivas de poder na sociedade etc.) não seriam até mais importantes para a democracia. Ele defende que a vida democrática de cada país depende de uma soma de condições, dentre as quais estão as instituições políticas e jurídicas, juntamente com aspectos econômicos.

nomia)<sup>6</sup> em tema de comportamento judicial. Isso porque, embora possam ter um importante impacto, *desenhos institucionais não são a única causa das dificuldades implicadas na atuação dos agentes políticos*, já que exercem pressão sobre suas motivações, sobre o seu grau de liberdade, entre outros aspectos.

Em sua avaliação sobre diversos fatores que influenciariam as Cortes, Helmke (2010) testa algumas variáveis—como a fragmentação política, a existência de proteções constitucionais às cortes, a extensão do poder judicial e o nível de desenvolvimento econômico do país considerado—para concluir que o fator isolado mais importante para se prever a ocorrência de crises judiciais é o *grau de legitimidade popular* alcançado pelo judiciário. Segundo a autora, decréscimos no grau de legitimidade judicial aumentam, sozinhos, de 2% para 29% as chances de um ataque político sobre as cortes; além disso, o grau de apoio público endereçado ao judiciário seria capaz de prever com correção, também isoladamente, 57% das situações de ataque em seu desfavor. Nenhuma outra variável, segundo argumenta, teria se mostrado próxima à relevância da legitimidade popular, a ponto de a autora afirmar que os demais fatores não encontram qualquer significância estatística na previsão de crises (Helmke, 2010, p. 407).

Essa concepção encontra apoio em vasta literatura sobre o tema. Levinson (2011, p. 670), por exemplo, ao explicar o princípio *madisoniano* que orientou a distribuição do poder político na Constituição dos EUA, complementa a *estabilidade institucional* com o necessário oferecimento de *incentivos concretos aos atores políticos* para que observem as normas do sistema, reconhecendo que *as instituições e o ordenamento jurídico, isoladamente considerados, não podem condicionar inteiramente a realidade*, uma vez que são passíveis de manipulação quando os agentes relevantes (individuais ou coletivos) tiverem razões para não os observar. Como pontuado pelo autor, “um sistema constitucional efetivo—um que sirva como mecanismo de compromissos políticos—depende, portanto, do sucesso do compromisso sociopolítico subjacente no sentido de que se jogará pelas regras constitucionais” (Levinson, 2011, p. 698, tradução nossa).

Weingast (1997) é outro autor que destaca a insuficiência de disposições normativas como condição única para o funcionamento do estado de direito, indicando que “justamente porque *as leis e os limites políticos podem ser desobedecidos ou ignorados*, algo além das leis é necessário para evitar as violações” e que, “para sobreviver, o estado de direito precisa que os limites sobre os agentes públicos sejam autoaplicáveis”, o que “depende da combinação complementar entre atitudes e reações dos cidadãos e restrições institucionais” (Weingast, 1997, p. 262, tradução e grifo nossos). Na mesma linha, Levinson (2011, p. 698) destaca que é fundamental a existência de um *compromisso efe-*

tivo que indique que as partes submeter-se-ão às regras do sistema para que a própria Constituição possa ser aplicável.

Por sua vez, Holmes (2012) atrela a sobrevivência das próprias constituições<sup>7</sup> à ligação entre as suas disposições e os interesses de forças sociais poderosas, as quais, cientes dos benefícios que a sua submissão às regras do jogo democrático trará para a realização de suas pretensões, optam por compartilhar o poder político com outros grupos socialmente relevantes.

*As constituições surgem e sobrevivem porque, com uma pequena ajuda de seus amigos do judiciário, servem aos interesses perceptíveis das forças sociais mais bem organizadas e, por isso, mais poderosas. Quando os poderosos descobrem as vantagens que podem obter ao tornarem o seu comportamento previsível, eles voluntariamente submetem-se a restrições constitucionais. Quando as não elites ganham influência, de uma forma ou de outra, as elites respondem de forma oportunista por meio da outorga de proteções legais e direitos de participação em troca da cooperação indispensável para os projetos dessa elite. As constituições democráticas, ou o que pensamos que são, como resultado, aparecem e sobrevivem enquanto as forças sociais mais bem organizadas e poderosas pensarem ser mais efetivo promover seus próprios interesses juntamente com a satisfação dos interesses e com o compartilhamento de influência com as parcelas menos poderosas—mas não totalmente sem poder—da população. [...] As normas constitucionais são “cogentes” apenas quando apoiadas por interesses organizados. Esta não é uma observação cínica. É, antes, uma instrução. Se o que se deseja é que uma norma constitucional vincule o comportamento dos políticos, é necessário organizar-se politicamente para oferecer aos grupos governantes os incentivos para que prestem atenção e aceitem as restrições em sua discricionariedade para o seu próprio benefício e o de todos. Nenhum constitucionalista estratégico delegaria essa enorme tarefa a nove magistrados que julgam confortavelmente num salão de mármore.* (Holmes, 2012, pp. 214–215, tradução nossa)

Até porque a ênfase excessiva nas instituições poderia levar a dois problemas. Em primeiro lugar, que modelos ou padrões institucionais fossem superestimados como meio de resolução de todos os conflitos políticos em determinada sociedade. No entanto, quanto a isso, é necessário advertir que não existe um modelo institucional puro e infalível, cujo funcionamento garantiria sempre um resultado democrático independentemente da realidade concreta em que fosse implantado. Para dizer de forma distinta, não há uma receita institucional automática de sucesso que possa ser aplicada e exportada sem se levar em consideração o contexto sócio-político em que essas instituições jurídicas e políticas operarão. Por isso, Przeworski (2004a) afirma que “devemos ser céticos em nossa crença no poder das instituições e temos que ser

[7] O que nos daria muito mais razão para adotar conclusão semelhante em relação às instituições criadas por essas constituições em busca de estabilidade.

prudentes em nossas ações. Projetos de reforma institucional devem ter como seu ponto de partida as condições efetivas da sociedade, não modelos baseados em instituições que tenham sido bem-sucedidas noutros locais” (Przeworski, 2004a, p. 540, tradução nossa).

Em segundo lugar, arranjos institucionais existentes não são de todo eficazes para conter as reações dos agentes políticos relevantes (e dos ocupantes dos ramos eleitos do governo), já que são incapazes de se impor quando a ruptura com a ordem estabelecida ou o emprego de ataques diretos a determinadas instituições oferecer menos desvantagens para tais atores.<sup>8</sup> Num quadro de mudanças políticas reiteradas, como é o caso da América Latina, a instabilidade judicial daí decorrente é inegável, como advertem Pérez-Liñán (2007) e Castagnola (2014),<sup>9</sup> mesmo quando não haja a adoção de medidas formais de ataque ao judiciário.

Valendo-nos novamente do exemplo paradigmático representado pelo México—e contrariando em parte as conclusões apresentadas por Helmke (2010) quanto à fragmentação política—, Ríos-Figueroa (2007) demonstra como a simples revisão dos poderes e das competências da SCJN não foi suficiente para explicar a guinada na atuação da corte no período que se estende de 1994 a 2002. O autor destaca que, enquanto a reforma constitucional de 1994 foi aquela que ampliou as possibilidades de atuação da corte em matéria de controle de constitucionalidade (inaugurando, no sistema mexicano, o controle por via direta e concentrada), apenas quando o partido hegemônico (o PRI) perdeu o controle exclusivo e unificado do legislativo e do executivo, a partir de 1997, é que se passou a notar uma postura mais independente da SCJN, deixando de ser mais um órgão cooptado no regime de controle partidário do aparato do Estado e passando a ter a capacidade de editar decisões em contradição com os interesses do partido. Para ele, “quanto maior for o grau de fragmentação [...] mais as cortes estarão envolvidas na elaboração de políticas públicas”; ademais, “quanto maior for o grau de fragmentação no executivo e no legislativo, maior será a possibilidade de que as cortes decidam contra o governo” (Ríos-Figueroa, 2007, p. 34, tradução nossa).<sup>10</sup>

A explicação lógica para tanto prende-se ao fato de que a ausência de unicidade no poder eleito (legislativo e executivo) diminuiria a possibilidade de reação desses ramos contra eventuais decisões judiciais adversas. Além disso, mais atores tenderiam a se beneficiar de decisões que prejudicassem determinado agente, e a tendência daqueles seria proteger o judiciário contra eventuais ataques potencialmente levados a efeito pelo último. Dizendo de outra forma, a dispersão de incentivos e de poder teria como corolário isolar o judiciário e lhe oferecer uma rede de garantias impossível em regimes autocráticos ou em democracias com alto grau de unificação do poder.

[8] Para Weingast (2013, p. 205), a democracia depende de instituições e das *atitudes dos indivíduos*, já que normas são insuficientes (podem ser desobedecidas ou mudadas). Segundo ele, a escolha da elite quanto a se comprometer com a democracia é *instrumental* e vigora enquanto os custos associados com a eliminação dos grupos rivais sejam superiores aos de manter o sistema (Weingast, 1997, p. 256).

[9] “Argumentamos que a alteração de arranjos institucionais prejudica a estabilidade dos juizes porque, independentemente dos objetivos declarados de tais mudanças, emendas e substituições constitucionais oferecem uma janela de oportunidade para reorganizar a composição do judiciário” (Pérez-Liñán; Castagnola, 2014, p. 396, tradução nossa).

[10] Há, ainda, pouca preocupação com a concentração do poder político nos ramos eleitos do governo; por isso, a advertência de Gardbaum (no prelo) é significativa. Para ele, os sistemas partidário e eleitoral possuem enorme peso para a democracia, já que será distinto o funcionamento do Estado se o controle do executivo e do legislativo estiver cindido entre distintos partidos ou nas mãos de um só grupo.



Seguindo essa linha de raciocínio, Ginsburg afirma que “os agentes políticos não apenas delegam poderes para as cortes, mas também reagem a elas, e a fragmentação política pode dar a essas cortes uma maior margem de manobra”, de forma que “a democracia, por definição, provê aos tribunais uma maior margem para definir os seus próprios papéis” (Ginsburg, 2017, p. 3, tradução nossa).<sup>11</sup>

Com isso, pode-se perceber, em conclusão parcial do que se disse até o momento, que a complementação entre fatores institucionais (dentre os quais assumem posição de destaque o leque de competências das cortes e seus mecanismos de proteção diante de investidas dos demais ramos do poder) e elementos inerentes ao jogo político (especialmente o grau de legitimação popular do judiciário e a fragmentação do poder político nos ramos eleitos do governo) são imprescindíveis para a avaliação do comportamento das cortes, da amplitude de sua intervenção em matérias de políticas públicas e temas constitucionais e assim por diante. Partindo de tais observações, passamos a nos dedicar de forma mais específica à atuação do STF.

#### **O PAPEL POLÍTICO DO STF: CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE E PERSPECTIVAS DE FUTURO**

As conclusões alcançadas com amparo na observação, sobretudo, da atuação da SCJN mexicana, naturalmente, não são diretamente aplicáveis ao contexto do STF brasileiro. Dificuldades metodológicas evidentes de comparação de realidades diversas<sup>12</sup> devem servir de cautela para lançar o STF em idêntico raciocínio sobre os porquês e os efeitos do enquadramento de ambas as cortes no universo, hoje muito trabalhado no direito constitucional comparado, de judicialização da política ou mesmo de judicialização da megapolítica (Hirschl, 2008).

Essa cautela, entretanto, não impede que importantes conexões sejam traçadas, apesar das diferenças de contexto. As histórias brasileira e mexicana, embora diversas em muitos aspectos, apoiam-se em desenhos institucionais e atuação dos agentes políticos, econômicos e jurídicos em que são visíveis pontos de contato. A história da América Latina, de uma forma ou de outra, impõe essa percepção, mesmo que México e Brasil tenham traçado caminhos diversos em importantes arranjos constitucionais ao longo da história.<sup>13</sup>

Algumas semelhanças entre os países contrastam fortemente com as diferenças existentes, o que é um fator interessante na pesquisa comparada. A SCJN mexicana, afinal, é um exemplo desse contraste com o STF, acompanhado, também, pela variável que está sendo destacada neste artigo: o grau de fragmentação política e a dispersão de poder favorecem, sobretudo se somados ao substancial acúmulo de competências e ao ganho de legitimação popular, uma atuação mais incisiva da corte suprema.

[11] Contudo, a tese não é unânime. Castagnola e Noriega (2017a; 2017b) enxergam uma tendência de deferência da SCJN em relação ao partido que ocupa a presidência e pontuam que, após a perda da presidência pelo PRI, aumentou o número de decisões contrárias ao partido, o que significa que o executivo manteve uma alta taxa de sucesso (Castagnola; Noriega, 2017a, pp. 87–89).

[12] Para um acurado debate sobre as dificuldades metodológicas no direito constitucional comparado, ver Hirschl (2014) e Jackson (2005; 2010).

[13] Numa perspectiva mais ampla, Acunha (2017) destaca a complexa história da região, em que se fundem elementos de aproximação com uma heterogeneidade que impede explicações simplistas homogeneizantes. A despeito da impossibilidade de aproximações que desconsiderem particularidades locais relevantes, é inegável que há traços comuns na história da região, tal qual se enfatiza neste artigo.

[14] Particularmente, Ferejohn foca no sistema das instituições políticas da União Europeia, que, segundo ele, é um “exemplo paradigmático de fragmentação”, onde “as instituições judiciais têm prosperado” (Ferejohn, 2002, p. 60, tradução nossa).

[15] Ferejohn, Rosenbluth e Shipan (2009) examinam casos dos EUA, Argentina, Filipinas, Itália, Alemanha, Grécia, Espanha, Portugal, Hungria, Rússia, Coreia do Sul, África do Sul, França, Israel, entre outros.

Essa tese, que foi anteriormente explicitada para o caso do México e fortemente defendida por Ríos-Figueroa, acompanha outras análises realizadas no âmbito do direito constitucional comparado. John Ferejohn, por exemplo, apresenta duas hipóteses que normalmente acompanham a ampliação da judicialização da política. Quanto à primeira, que ele intitula de “hipótese da fragmentação”, e que se fundamenta em exemplos dos EUA e da União Europeia,<sup>14</sup> o autor sustenta que “as cortes podem exercer autoridade de forma independente para moldar a política apenas quando as instituições políticas estão bastante fragmentadas para controlá-las” (Ferejohn, 2002, p. 57, tradução nossa). Ao mesmo tempo, dificuldades de coordenação de interesses no processo legislativo acabam “abrindo espaço para que as cortes realizem a política” (Ferejohn, 2002, p. 59, tradução nossa). A segunda hipótese, por ele chamada de “hipótese de direitos”, está no crescente sentimento de que “cortes (ao menos algumas cortes) podem ser confiadas para proteger uma ampla gama de valores importantes contra o potencial abuso político” (Ferejohn, 2002, p. 55, tradução nossa).

Em artigo posterior, Ferejohn, Rosenbluth e Shipan avançam ainda mais na tese sobre a relação entre fragmentação política e crescente politização e independência do judiciário, expondo outros exemplos<sup>15</sup> e dados empíricos. Segundo eles, “quanto mais fragmentados são os atores políticos em um sistema político, maior espaço é dado às cortes”, na medida em que elas “precisam menos se preocupar com represálias ou anulações” (Ferejohn; Rosenbluth; Shipan, 2009, p. 733, tradução nossa). Com foco mais na independência do judiciário, Chávez, Ferejohn e Weingast examinam o contexto das cortes norte-americanas e argentinas em distintos momentos de suas histórias e também concluem que “a fragmentação do poder entre poderes eleitos pode preparar o terreno para um judiciário independente (Chávez; Ferejohn; Weingast, 2011, p. 241, tradução nossa).

Diferentemente do México, o Brasil apresenta uma configuração político-partidária que, malgrado possa indicar uma certa constância dos membros da elite política ao longo da história, é caracterizada por um elevado grau de fragmentação e, ao mesmo tempo, por uma coesão que somente é conseguida por conta de “múltiplas negociações e trocas de favores particularizados” (Miguel; Assis, 2016, p. 30). Por isso, embora a fragmentação política no sistema partidário brasileiro seja temperada pelo fato de, historicamente, o presidente “[contar] com o apoio sólido de uma coalizão partidária” (Limongi, 2006, p. 24), o desenho institucional apresenta sérias disfuncionalidades na prática do jogo político.

Miguel e Assis (2016), por exemplo, argumentam que, mais do que disciplina, há um alto grau de dispersão na forma como são feitas as negociações. É preciso equilibrar, desse modo, as conclusões sobre

o êxito das coalizões com o “peso das bancadas informais suprapartidárias”, as “constantes formações de blocos subpartidários que negociam, cada um por si, com o poder executivo”, o “comportamento cotidiano dos parlamentares” e o fato de que “os partidos representam pouca informação em uma competição eleitoral focada nos candidatos” (Miguel; Assis, 2016, pp. 30–31). Logo, por mais que se possa afirmar que a fragmentação política brasileira não seja exatamente um fator puro para a caracterização do modelo de fortalecimento do judiciário, não se pode descartar, por outro lado, que existe uma fragmentação nos processos de negociação e barganhas políticas que podem estar contribuindo, de algum modo, para esse fim. Há de se ressaltar, novamente com Miguel e Assis, que “boa parte das questões passa por múltiplas bancadas pluripartidárias e por interesses pessoais” (Miguel; Assis, 2016, p. 43).

Em um ambiente como esse, o judiciário comportar-se de modo mais independente, protegendo-se de investidas de um sistema político menos previsível e mais disperso entre diferentes grupos políticos, é uma hipótese a ser seriamente considerada. A suprema corte—ao não se apresentar como um imediato braço direito de um determinado grupo político, que, tal como no México com o PRI, controlou por muitos anos o executivo e o legislativo—pode alcançar um grau de autonomia que, em algum momento, tende a quebrar expectativas de comportamento de seus agentes. Essa característica pode se consolidar na medida em que a dispersão acontece, especialmente porque as negociações exigem um alto grau de energia no convencimento tanto das bancadas pluripartidárias como das lideranças e membros dos diferentes partidos.

Nesse contexto, a cooptação torna-se uma tarefa cujos incentivos não mais se mostram tão viáveis ou seguros com vistas à obtenção do resultado almejado, especialmente porque as próprias elites controladoras da política tendem a brigar entre si por maior fatia dos ganhos advindos do exercício do poder. A perda de previsibilidade e o incremento da incerteza, tal como se dá em momentos de transições políticas,<sup>16</sup> tendem a estabelecer condições mais favoráveis à transferência do *locus* decisório do âmbito incerto da política para o âmbito pretensamente mais técnico e, em tese, menos maleável da justiça. Essa premissa, por sua vez, como bem ressaltada por Ferejohn (2002, p. 57), ganha contornos mais nítidos em um ambiente de crescente legitimação das cortes, que assumem o papel de garantidoras do sistema democrático contra possíveis investidas autoritárias.

Ao lado desses fatores, também no Brasil, verifica-se o incremento gradativo de competências da corte, o que já se desenhava na Constituição de 1988, mas que ganhou contornos mais nítidos com posteriores modificações legislativas<sup>17</sup> e com o paulatino avanço de

[16] Transições políticas para democracias também são impulsionadas por uma perda do controle da unidade política e pelo incremento de incerteza e previsibilidade em relação ao futuro. Przeworski (1986, p. 58, tradução nossa) argumenta que “é o próprio ato de alienação do controle sobre os resultados do conflito que constitui o passo decisivo em direção à democracia”.

[17] Vide Emenda Constitucional nº 45/2004, Leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999, por exemplo.

[18] Ver MI nº 670-9, relator: ministro Gilmar Mendes, DJe 31 out. 2008; MI nº 708, relator ministro: Gilmar Mendes, DJe 31 out. 2008; MI nº 712-8, relator: ministro Eros Grau, DJe 31 out. 2008.

[19] Ver PET nº 3388, relator: ministro Ayres Britto, DJe 6 nov. 2007; RE nº 405.579-1, relator: ministro Joaquim Barbosa, DJe 4 ago. 2011.

[20] Ver RE nº 197.917, relator: ministro Mauricio Corrêa, DJe 27 fev. 2004; HC nº 82.959, relator: ministro Marco Aurélio, DJe 3 mar. 2006; Rcl nº 4.335, relator: ministro Gilmar Mendes, DJe 1º abr. 2014.

[21] Ver, por exemplo, o uso estratégico do pedido de vista como barganha. Um caso notório ocorreu quando o ministro Gilmar Mendes, após o STF ter alcançado maioria quanto à proibição de financiamento por pessoas jurídicas de campanhas eleitorais, solicitou vista, suspendendo o julgamento por mais de ano e meio, o que gerou impactos diretos nas eleições de 2014 (ADI nº 4.650, relator: ministro Luiz Fux, DJe 25 set. 2015).

[22] Adota-se aqui o que se denomina como modelo kelseniano de corte constitucional, qual seja: “O sistema centralizado kelseniano de controle de constitucionalidade [...] concentra o poder do controle de constitucionalidade em um único órgão judicial, tipicamente chamado de corte constitucional, e situa a corte fora da estrutura tradicional do poder judiciário” (Garlicki, 2007, p. 44, tradução nossa).

[23] Essas práticas têm resultado em fortes disfuncionalidades no exercício da jurisdição constitucional, como o extenso poder individual dos ministros (Arguelhes; Ribeiro, 2015; Arguelhes; Hartmann, 2017) e a profunda deficiência deliberativa (V. Silva, 2013).

uma jurisprudência mais interventiva na política (por exemplo, a nova conformação do mandado de injunção,<sup>18</sup> a adoção de sentenças aditivas<sup>19</sup> e a aproximação do controle difuso com o concentrado,<sup>20</sup> entre outros).

Em particular, contudo, um dos principais desafios do desenho institucional hoje adotado pelo STF encontra-se em sua potencialidade de politização—e, portanto, maior intervenção na esfera da política—pelo uso estratégico da posição dúbia do STF como pretensa corte constitucional, por um lado, e pela manutenção da estrutura de uma corte detentora de competências que há muito parecem contrariar essa pretensão, por outro. Essa dubiedade tem servido bem aos propósitos de fortalecimento da corte, e ministros têm feito uso dela e de suas disfuncionalidades para também empoderar-se no campo da barganha política.<sup>21</sup>

A história explica bem essa dubiedade. O modelo de corte constitucional típica<sup>22</sup> chegou a ser aventado durante a Assembleia Constituinte de 1987/1988, tendo avançado de forma importante durante os trabalhos nas comissões temáticas. Todavia, logo foi abandonado em prol de uma continuidade do perfil até então adotado no STF—com forte *lobby*, aliás, dos membros do tribunal e da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB)—, acrescido de novas competências.

Para explicar o desenrolar dos fatos, confira-se a seguinte passagem de Koerner e Freitas (2013, pp. 163–164):

*Sobre a estrutura do STF, foram formuladas três propostas. Primeiro, a criação do tribunal constitucional ou tribunal das garantias constitucionais, que foi apresentada, discutida e aprovada em subcomissões diferentes com as mesmas linhas gerais: um tribunal autônomo com atribuições exclusivas sobre questões constitucionais, com ministros temporários, ou escolhidos pelo Congresso Nacional, ou pelos três poderes da República [...] Uma segunda proposta era a criação no STF de uma seção especializada para conhecer as questões constitucionais, composta por ministros temporários. O STF manteria sua função unificadora da legislação federal, com ministros vitalícios [...] A terceira proposta era a continuidade do STF, que permaneceria como tribunal constitucional, federal e de cassação, com ministros vitalícios.*

A terceira das propostas destacadas pelos autores foi a que prevaleceu. O STF, desde então, tem se afirmado como uma corte que não consegue lidar bem com a complexidade de sua posição no jogo institucional. Essa característica tem se acentuado mais recentemente em função de sua crescente pretensão de, agora sim, apresentar-se como corte constitucional típica, ao mesmo tempo que, porém, ainda se encontra tomado por uma inércia e pela incapacidade de reconfigurar-se em relação às demais competências e práticas de outrora.<sup>23</sup>



É importante lembrar, afinal, que o STF saiu da Assembleia Constituinte como uma instituição que ainda sustentava uma estrutura própria do passado, acompanhando um desiderato, verificado em distintos setores da Constituição de 1988, de “[bloqueio a] mudanças institucionais mais profundas” (Koerner, 2013, pp. 79–80). Esse comportamento, por sua vez, estendeu-se por boa parte dos anos 1990, quando muitos de seus ministros ainda eram originários do período da ditadura civil-militar das décadas anteriores, cujas práticas decisórias acompanhavam muito do formalismo e da autoconterção típicos de uma corte que convivía com a repressão governamental. Castro chega a sustentar que, apesar das novas demandas abertas pela Constituição, a reação do STF a esse fenômeno foi bastante limitada e, ao mesmo tempo, a sua atuação era “relativamente impermeável às pressões pela expansão do poder judicial” (Castro, 2009, p. 246).

O contexto de recém-transição para a democracia ainda não favorecia a concepção de uma corte constitucional que entraria no jogo de poder de forma mais incisiva, mas as circunstâncias abertas pela própria Constituição de 1988 não inviabilizariam—aliás, fomentariam—construções paulatinas de ganho de poder pelo judiciário como um todo,<sup>24</sup> e, mais particularmente, pelo STF. Para isso, foi importante que os jogos de força dos agentes políticos se reconfigurassem em um novo modelo que o próprio contexto democrático favoreceria. Porém, essa reconfiguração iria, naturalmente, deparar-se com o paradoxo, por um lado, de uma estrutura ainda marcada fortemente pelo passado como decorrência de uma marcante “posição *corporativo-conservadora*” (Koerner, 1999, p. 12) no texto constitucional e, por outro, de uma intencionalidade, ao menos discursiva, de se estabelecer como órgão garantidor dos ganhos democráticos dessa nova realidade brasileira.

Em relação a esse aspecto discursivo, não é demais salientar que, a despeito de uma prática ainda não afinada com o pretensão papel de garantidor da democracia, era, ao menos, consentâneo com o movimento global de consolidação das cortes constitucionais. O Brasil, por meio do STF, acompanharia a tendência mundial de cortes garantidoras da democracia—o que ganharia um apelo particular especialmente a partir dos anos 1990, quando se observou o surgimento ou a reconfiguração de típicas cortes constitucionais em países recém-saídos de crises ou transições políticas, como Colômbia, África do Sul e os países do Leste Europeu. O argumento garantidor ganharia, assim, potência de maior universalidade, enquanto, na prática, como a experiência internacional provaria, cortes constitucionais serviriam, também, a um jogo de forças dos agentes políticos, econômicos e jurídicos para preservação de seus interesses (Hirschl, 2007), agora sob uma roupagem técnica e pretensamente democrática de forte valor persuasivo.

[24] Ver, por exemplo, o fortalecimento do que Koerner (1999, p. 12) denomina “posição *corporativo-conservadora*” dos juízes fortalecida pela Constituição de 1988, a qual acabou por incrementar a posição do judiciário e contribuir para a continuidade de seus quadros tradicionais.

[25] Segundo Alexy (1993, p. 162), “em sua forma lógica a [aplicação de normas] apenas difere do que é geralmente chamado de ‘justificação de normas’ na medida em que seu objeto de justificação não é uma norma universal, mas individual”. Um resumo do argumento está em Acunha (2014). Para uma análise crítica desse debate, com foco nas realidades brasileira e alemã, ver Benvindo (2010).

Não é simples coincidência que, nesse momento, ganhasse corpo muito fortemente no Brasil o uso de ferramentas metodológicas que viabilizariam uma argumentação deveras flexível, a ponto de aproximar a jurisdição da legislação, como ocorre com o fascínio pelo princípio da proporcionalidade,<sup>25</sup> o crescente sincretismo metodológico (V. Silva, 2015) e uma simplificação profunda da teoria dos princípios (Neves, 2013). O STF, acompanhando um fenômeno também bastante visível no direito constitucional comparado (Sweet; Mathews, 2008), não apenas adotaria o argumento normativo de defesa da democracia, mas também as ferramentas para exercer a jurisdição como uma tarefa não muito diferente da legislação. Atuaria na política *sem as amarras e os riscos* inerentes à política, com a vantagem de transparecer uma *racionalidade técnica* e o exercício da função de *guardião da democracia*.

Especialmente a partir dos anos 2000, essas características—que, como visto, já estavam se afirmando em diversas democracias—passam a ser associadas a uma nova conformação política, que, a seu turno, abriu espaço para uma maior presença do STF na sociedade brasileira. Nesse momento, o contexto político-eleitoral apontou para uma reconfiguração—embora ainda muito limitada—do STF, com a nomeação de ministros situados de certa maneira fora dos círculos tradicionais, ao que se adicionou o progressivo avanço em pautas de maior impacto social (fundamentalmente de direitos).

Os jogos de força normalmente estabilizadores das relações entre os poderes, que se sustentavam por meio de coesões fundadas em históricas formas de patrimonialismo e clientelismo (Faoro, 2001), foram, de algum modo, afetados e as reações não tardaram a se manifestar. Como afirma Koerner (2013, p. 85), embora com um tom deveras otimista em relação ao que a realidade viria a revelar:

*O que tem sido chamado ativismo no Brasil resulta de uma aliança entre a presidência da República e elites jurídicas a partir de 2002, voltada a promover as políticas do novo governo e a configurar um novo regime governamental. Com a aliança modificaram-se as formas de atuação do Tribunal, foram reforçadas suas bases de apoio, mas também provocaram reações e resistências, e aumentou o investimento pela oposição política e elites jurídicas divergentes em questões críticas para o governo. A dinâmica mais recente tem acentuado as tensões entre os regimes governamental e jurisprudencial, os conflitos entre juízes e governo. Mas o novo papel assumido pelo STF também entra em divergência com a oposição e suas bases conservadoras, que tenderão a resistir a esse novo padrão de atuação. As fontes democráticas do poder político serão capazes de impulsionar movimentos que superem essas tensões e bloqueios.*

A análise aponta, desse modo, para a conclusão de que, ao lado da configuração de competências do STF conforme o novo texto constitucional—ainda muito marcado pela “posição corporativo-conservadora” e pelos resquícios da própria ditadura civil-militar—, *foi especialmente relevante o realinhamento das forças políticas em um contexto de ascensão de um novo grupo político que ensejaria sua nova postura mais incisiva no âmbito da política*. Acompanhando o crescente processo de fragmentação política que se visualiza no âmbito legislativo e o fortalecimento das coligações partidárias (Miguel; Assis, 2016), o STF também passou a ser o palco de tensões e reações em relação à sua nova conformação diante desse quadro político.

Sem um polo unificador no âmbito da política eleitoral, a corte passa a assumir esse papel, deslocando-se parcialmente o *locus* da política para a arena judicial, sobretudo com o ganho de legitimidade que vai acompanhando, naturalmente, o processo de democratização—a “hipótese de direitos”, trazida por Ferejohn (2002). A existência de polos divergentes na política, apesar da existência de grandes coalizões, possibilitou uma maior autonomização da corte em relação aos demais poderes, ao mesmo tempo que também a própria corte se tornou um pouco mais plural em sua composição.

O fortalecimento do STF como corte constitucional apta a intervir mais diretamente na política está, portanto, em sintonia com um rearranjo de forças políticas externo ao próprio Tribunal (as tensões, as reações e as contrarreações de um sistema político-parlamentar altamente fragmentado, apesar da capacidade de formação de coligações partidárias com forte êxito para a governabilidade) e com as forças políticas internas à própria corte (as tensões, as reações e as contrarreações de sua pretensa nova postura em face das bases conservadoras que há muito lhe dão sustentação). Esse quadro de fragmentação externa e interna soma-se, assim, à progressiva ampliação de competências, ao mais direto envolvimento com pautas de forte impacto social que lhe auferem maior visibilidade e legitimidade, à maior sintonia com o fenômeno global de judicialização da política e à maior conexão com novas ferramentas metodológicas que tornam mais ofuscada a pretensa separação entre os campos da política e do direito.

Por outro lado, essa nova e expansiva feição do STF não viria desacompanhada dos defeitos do passado e dos desenhos institucionais que potencializariam essas tensões e reações, seja pelas forças externas ao próprio Tribunal, seja pelas forças internas na atuação política de seus membros e no desenho institucional da corte. São exemplos desse fenômeno, por exemplo, a fraca capacidade deliberativa (V. Silva, 2013), o desequilíbrio entre os poderes individuais dos ministros e os da corte como colegiado (Arguelhes; Ribeiro, 2015; Arguelhes; Hartmann, 2017) e o descompasso entre seu discurso garantidor de direi-

tos fundamentais e a prática ainda carecedora de expressiva atuação nesse propósito (Costa; Benvindo, 2014).

Desse modo, é importante ressaltar que estudos empíricos têm apontado que o STF tem “repetidamente distribuído poder entre os poderes e níveis de governo e entre atores políticos no período pós-transição e também participado na governança econômica” (Kapiszewski, 2011, p. 154). Essa conclusão poderia bem sintetizar essa nova configuração do STF. Apesar disso—e também em razão das disfuncionalidades que o acompanham e do papel de preservação de interesses hegemônicos (Hirschl, 2007)—, o STF tem se apresentando como um freio ao avanço dos direitos fundamentais—sobretudo sociais—almeçados com o advento da Constituição de 1988 (Kapiszewski, 2011, p. 154).

Não que esse movimento tenha trazido uma postura necessariamente mais independente do STF, embora as características para tanto estejam, de algum modo, presentes, conforme analisado acima. Estudos explicitam, aliás, que o STF tem, com certa frequência, atuado como um verdadeiro parceiro da governabilidade. Brinks, por exemplo, chega mesmo a chamar os ministros de “servos fiéis ao regime” (Brinks, 2011, p. 128, tradução nossa). Porém—e aqui acompanhando, de algum modo, as conclusões sobre o pragmatismo do STF trazidas por Kapiszewski (2011, p. 156)—, Brinks entende que, embora o STF tenda a acompanhar as políticas do presidente, ele tem se mostrado “moderadamente sensível aos interesses de partidos minoritários”, “defendido interpretações comumente aceitas da lei” e “não se inclinando a pressões ocasionais exercidas por qualquer um dos poderes” e mesmo “decidido contra interesses das maiorias dominantes” (Brinks, 2011, p. 147, tradução nossa). Muito da estrutura complexa do sistema partidário—com coligações exitosas em prol da governabilidade, apesar da elevada fragmentação partidária e da fragilidade de sua sustentação—pode, de algum modo, ser um incentivo para essa postura mais pragmática em relação à governabilidade e, ao mesmo tempo, conservadora em relação à efetivação de direitos sociais pela corte.

A democracia brasileira, diferentemente do que ocorreu no México, não chegou a obter um patamar de unicidade no âmbito do legislativo e do executivo que pudesse estabelecer tamanha simbiose de interesse entre os poderes, mas havia uma correlação de forças que era claramente desproporcional em prol da manutenção de uma estrutura tradicional no judiciário, a qual se identificava com a configuração política tradicional dos ramos eleitos do governo federal. A ascensão de outros grupos de poder—o que acabou ocorrendo, por exemplo, em 2002, e em parte responsável, como visto, pela reordenação aqui tematizada—marcou um ponto de tensão na relativa



estabilidade de consensos entre os poderes que vigia até então. Essa simples potencialidade de quebra de previsibilidade e certezas que há muito dominava o cenário político nacional acabou por fomentar a necessidade se fortalecer outro *locus* decisório da política. O STF apresentou-se, nesse contexto, como o *novo*, embora *velho*; como promotor da *nova política*, embora ainda garantidor da *velha política*; como o *guardião da democracia*, embora também atuando como um dos *artífices da preservação do status quo*. É nesse paradoxo de expectativas e realidades que o STF, apesar de suas profundas disfuncionalidades, ganha notoriedade como um agente da política e se apresenta como um forte estrategista nas disputas constantes por poder na jovem democracia brasileira.

### CONCLUSÃO

Os desafios desse novo cenário são diversos. O STF, embora tenha ganhado espaço como um agente da política em um universo fortemente fragmentado interna e externamente, é, ainda, uma corte que não se entendeu como corte constitucional. Suas profundas disfuncionalidades caminham no sentido contrário ao da conformação de um agente legítimo das regras do jogo democrático, além de promoverem maiores tensionamentos naquilo que poderia ser um sinal de maior divisão de incentivos ao compartilhamento de poderes.

Em uma democracia jovem, cujo sistema constitucional é continuamente desafiado em sua capacidade de promover estabilidade institucional e incitar compromissos sociopolíticos, o STF conquista espaço na medida em que o jogo de forças tradicional se mantém incapaz de se reagrupar como unidade no exercício da política. Há, desse modo, uma fragilidade severa em sua nova posição e em seu novo papel na distribuição do poder. Seu fortalecimento como agente da política não necessariamente ocorre por se ter alcançado um “sucesso do compromisso sociopolítico subjacente no sentido de que se jogará pelas regras constitucionais” (Levinson, 2011, p. 698, tradução nossa). Ao contrário, sua própria atuação e também as suas disfuncionalidades podem servir, de um lado, para a preservação da velha política sob o mantra da defesa da Constituição e, de outro, para contrariar a velha política, na medida em que também se deseja apresentar como agente da nova política. Seu inerente paradoxo—que se exacerba na medida em que se consubstanciam, entre outros fatores, a fragmentação política (mesmo que impura), a ampliação de competências, o crescimento do apoio popular—é, por isso, seu maior trunfo (porque possibilita a abertura para o futuro) e seu maior risco (porque sempre atrelado às contínuas ameaças de uma política que se quer sempre unitária).

O México foi aqui apresentado como um contraponto de realidade que há muito lida com a unidade como um elemento da política e cuja história demonstra como um princípio de divisão pode ser causa para uma reorganização da Suprema Corte. Desse modo, o direito constitucional comparado expõe, ao menos com base na experiência de um país com conexões históricas e institucionais com o Brasil, que por trás das diferenças há lições a serem observadas. A principal tese defendida neste artigo—segundo a qual a fragmentação política compõe uma das causas estruturais para a ampliação do poder das supremas cortes e das cortes constitucionais, ao menos na realidade de ambos os países—expõe a relevância de se abrir o olhar para outros fatores que o debate normativo próprio do direito muitas vezes teima em não alcançar. Ao mesmo tempo, expõe o quanto as instituições impactam realidades na medida em que são examinadas à luz de elementos sociopolíticos que, muitas vezes, também ultrapassam o debate típico institucional.

A mínima ambição deste artigo foi, por isso, explicitar que supremas cortes e cortes constitucionais devem ser estudadas como parte de uma engrenagem de forças e jogos políticos que desafiam muitas das tradicionais conclusões de causalidade que dominam o debate jurídico e, ao mesmo tempo, expor os desafios da correlação de forças políticas em uma democracia que continuamente lida com crescentes riscos de reversão de suas conquistas.

---

JULIANO ZAIDEN BENVINDO é professor de direito constitucional da Universidade de Brasília e coordenador do Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da Universidade de Brasília. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq (processo nº 308.733/2015-0). Doutor em direito pela Universidade Humboldt de Berlim. Foi o principal responsável pelo exame da atuação do Supremo Tribunal Federal e de sua roupagem institucional e política na Constituição de 1988, assim como pela conclusão da pesquisa (terceiro e quarto tópicos do artigo).

FERNANDO JOSÉ GONÇALVES ACUNHA é pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da Universidade de Brasília e doutor em direito pela Universidade de Brasília. Foi o principal responsável pela introdução do texto e por expor argumentos da comparação entre Brasil e México e da influência dos aspectos institucionais e políticos na atuação de cortes supremas e tribunais constitucionais (primeiro e segundo tópicos).

## REFERÊNCIAS

- Acunha, Fernando José Gonçalves. “Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação”. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 203, pp. 165–183, 2014. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/507411>. Acesso em: 30 maio 2017.
- . *Constitucionalismo, autoritarismo e democracia na América Latina: as recentes constituições da Bolívia e do Equador e a persistência das tradições do constitucionalismo latino-americano*. Tese (Doutorado em Direito)—Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.
- Arguelles, Diego Werneck; Hartmann, Ivar A. “Timing Control without Docket Control”. *Journal of Law and Courts*. v. 5, n. 1, pp. 105–140, 2017. Disponível em: <http://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/690195>. Acesso em: 5 jun. 2017.
- Arguelles, Diego Werneck; Ribeiro, Leandro Molhano. “O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político”. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 46, pp. 121–155, 2015. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/781>. Acesso em: 29 maio 2017.

---

Recebido para publicação  
em 3 de julho de 2017.

---

Aprovado para publicação  
em 15 de fevereiro de 2018.

---

### NOVOS ESTUDOS

CEBRAP

110, jan.–abr. 2018

---

pp. 57-79

- Benvindo, Juliano Zaiden. *On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Heidelberg: Nova York: Springer, 2010.
- Brinks, Daniel M. "Faithful Servants of the Regime: The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution". In: Helmke, Gretchen; Ríos-Figueroa, Julio (Orgs.). *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. pp. 128–153.
- Castagnola, Andrea; Noriega, Saúl López. "Are Mexican Justices True Arbiters Among the Political Elites? An Empirical Analysis of the Court's Rulings from 2000–2011". In: \_\_\_\_\_. (Orgs.). *Judicial Politics in Mexico: The Supreme Court and the Transition to Democracy*. Nova York: Routledge, 2017a. pp. 68–94.
- \_\_\_\_\_. "The Supreme Court and the (No) Rights Revolution: An Empirical Analysis of the Court's Rulings 2000–2011". In: \_\_\_\_\_. (Orgs.). *Judicial Politics in Mexico: The Supreme Court and the Transition to Democracy*. Nova York: Routledge, 2017b. pp. 95–116.
- Castro, Marcus Faro de. "The Courts, Law, and Democracy in Brazil". *International Social Science Journal*, n. 152, pp. 241–252, 2009.
- Chávez, Rebecca Bill; Ferejohn, John A.; Weingast, Barry R. "A Theory of the Politically Independent Judiciary: A Comparative Study of the United States and Argentina". In: Helmke, Gretchen; Ríos-Figueroa, Julio (Orgs.). *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. pp. 219–247.
- Costa, Alexandre Araújo; Benvindo, Juliano Zaiden. "A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais". Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2509541>. Acesso em: 5 jun. 2017.
- Faoro, Raymundo. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 2001.
- Ferejohn, John. "Judicializing Politics, Politicizing Law". *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, 2002, pp. 41–68.
- Ferejohn, John; Rosenbluth, Frances; Shipan, Charles. "Comparative Judicial Politics". In: Boix, Charles; Stokes, Susan C. (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2009. pp. 727–751.
- Gardbaum, Stephen. "Political Parties, Voting Systems, and the Separation of Powers". *American Journal of Comparative Law*, v. 65, no prelo. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2774419>. Acesso em: 25 maio 2017.
- Gargarella, Roberto. *Latin American Constitutionalism 1810–2010: The Engine Room of the Constitution*. Nova York: Oxford University Press, 2013.
- Garlicki, Lech. "Constitutional Courts versus Supreme Courts". *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 1, pp. 44–68, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mol044>. Acesso em: 2 jun. 2017.
- Ginsburg, Tom. "Introduction". In: Castagnola, Andrea; Noriega, Saúl López (Orgs.). *Judicial Politics in Mexico: The Supreme Court and the Transition to Democracy*. Nova York: Routledge, 2017. pp. 1–7.
- Godoy, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- Habermas, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge: MIT Press, 1996. pp. 1–67.
- Helmke, Gretchen. "Public Support and Judicial Crises in Latin America". *Journal of Constitutional Law (University of Pennsylvania)*, v. 13, n. 2, pp. 397–411, 2010. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?collection=journales&handle=hein.journals/upjcl3&type=Text&id=401>. Acesso em: 1º jun. 2017.
- Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- \_\_\_\_\_. "The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts". *Annual Review of Political Science*, v. 11, n. 1, pp. 93–118, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1138008>. Acesso em: 7 jun. 2017.
- \_\_\_\_\_. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Holmes, Stephen. "Superpresidentialism and Its Problems". *East European Constitutional Review*, University of Chicago, v. 2, n. 4, pp. 123–126, 1993. Disponível em: <https://www.ucis.pitt.edu/nceeer/1994-808-05-2-Holmes.pdf>. Acesso em: 25 maio 2017.
- \_\_\_\_\_. "Constitutions and Constitutionalism". In: Rosenfeld, Michel; Sajó, András (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 189–216.
- Jackson, Vicki C. "Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement". *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, pp. 109–128, 2005. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4093561>. Acesso em: 5 jun. 2017.
- \_\_\_\_\_. "Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law". *Penn State International Law Review*, v. 28, pp. 319–326, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1739756>. Acesso em: 3 jun. 2017.
- Kapiszewski, Diana. "Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition". In: Helmke, Gretchen; Ríos-Figueroa, Julio (Orgs.). *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. pp. 154–186.
- Koerner, Andrei. "O debate sobre a reforma judiciária". *Novos Estudos—Cebap*, n. 54, pp. 11–26, 1999. Disponível em: [http://novosestudos.org.br/v1/files/uploads/contents/88/20080627\\_o\\_debate\\_sobre\\_a\\_reforma.pdf](http://novosestudos.org.br/v1/files/uploads/contents/88/20080627_o_debate_sobre_a_reforma.pdf). Acesso em: 3 jun. 2017.
- \_\_\_\_\_. "Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88". *Novos Estudos—Cebap*, n. 96, pp. 69–85, jul. 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-3302013000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-3302013000200006). Acesso em: 5 jun. 2017.
- Koerner, Andrei; Freitas, Lígia Barros de. "O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo". *Lua Nova*, n. 88, pp. 141–184, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/lv/n88/a06n88.pdf>. Acesso em: 25 maio 2017.

- Levinson, Daryl L. "Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment". *Harvard Law Review*, v. 124, n. 3, pp. 657-746, 2011. Disponível em: [http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124\\_\\_%20levinson.pdf](http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124__%20levinson.pdf). Acesso em: 25 maio 2017.
- Limongi, Fernando. "A democracia no Brasil: presidencialismo, coalização partidária e processo decisório". *Novos Estudos—Cebrap*, n. 76, pp. 17-41, 2006.
- Miguel, Luis Felipe; Assis, Pedro Paulo Ferreira Bispo de. "Coligações eleitorais e fragmentação das bancadas parlamentares no Brasil: simulações a partir das eleições de 2014". *Revista de Sociologia e Política*, v. 24, n. 60, pp. 29-46, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v24n60/0104-4478-rsocp-24-60-0029.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.
- Neves, Marcelo. *Entre hidras e Hércules*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- Pérez-Liñán, Aníbal. *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Pou Giménez, Francisca. "Constitutional Change and the Supreme Court Institutional Architecture: Decisional Indeterminacy as an Obstacle to Legitimacy". In: Castagnola, Andrea; Noriega, Saúl López (Orgs.). *Judicial Politics in Mexico: The Supreme Court and the Transition to Democracy*. Nova York: Routledge, 2017. pp. 117-146.
- Pozas-Loyo, Andrea; Ríos-Figueroa, Júlio. "The Transformations of the Role of the Mexican Supreme Court". In: Castagnola, Andrea; Noriega, Saúl López (Orgs.). *Judicial Politics in Mexico: The Supreme Court and the Transition to Democracy*. Nova York: Routledge, 2017. pp. 8-40.
- Przeworski, Adam. "Some Problems in the Study of the Transition to Democracy". In: Schmitter, Philip; O'Donnell, Guillermo; Whitehead, Laurence (Orgs.). *Transitions from Authoritarian Rule: Comparative Perspectives*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1986. pp. 47-63.
- \_\_\_\_\_. "Institutions Matter?". *Government and Opposition*, v. 39, n. 4, pp. 527-540, 2004a. Disponível em: [http://www.politics.as.nyu.edu/docs/IO/2800/go\\_\\_2004.pdf](http://www.politics.as.nyu.edu/docs/IO/2800/go__2004.pdf). Acesso em: 30 maio 2017.
- \_\_\_\_\_. "The Last Instance: Are Institutions the Primary Cause of Economic Development?" *European Journal of Sociology*, v. 45, n. 2, pp. 165-188, 2004b. Disponível em: [http://journals.cambridge.org/abstract\\_\\_S0003975604001419](http://journals.cambridge.org/abstract__S0003975604001419). Acesso em: 30 maio 2017.
- Ríos-Figueroa, Julio. "Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002". *Latin American Politics and Society*, v. 49, n. 1, pp. 31-57, 2007. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4490506>. Acesso em: 30 mai. 2017.
- Ríos-Figueroa, Julio; Taylor, Matthew M. "Institutional Determinants of the Judicialisation of Policy in Brazil and Mexico". *Journal of Latin American Studies*, v. 38, n. 4, pp. 739-766, 2006. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/4491739>. Acesso em: 31 maio 2017.
- Silva, Patrick et al. "Reforma política no Brasil: indagações sobre o impacto no sistema partidário e na representação". *Opinião Pública*, v. 21, n. 1, pp. 1-32, 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762015000100001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762015000100001). Acesso em: 20 maio 2017.
- Silva, Virgílio Afonso da. "Deciding without Deliberating". *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, pp. 557-584, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moto19>. Acesso em: 22 mai. 2017.
- \_\_\_\_\_. "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico". In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 115-143.
- Sweet, Alec Stone; Mathews, Jud. "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism". *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 47, pp. 73-165, 2008. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=fss\\_\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=fss__papers). Acesso em: 31 maio 2017.
- Tushnet, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- Waldron, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review". *The Yale Law Journal*, n. 115, pp. 1346-1407, 2006. Disponível em: [https://cdrl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron\\_\\_core\\_of\\_the\\_\\_case\\_\\_against\\_\\_judicial\\_\\_review.pdf](https://cdrl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron__core_of_the__case__against__judicial__review.pdf). Acesso em: 25 maio 2017.
- Weingast, Barry. "The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law". *The American Political Science Review*, v. 91, n. 2, pp. 245-263, 1997. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2952354>. Acesso em: 2 jun. 2017.
- \_\_\_\_\_. "Constitutions as Governance Structures: The Political Foundations of Secure Markets". *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 149, n. 1, pp. 286-311, 2013. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/245775139>. Acesso em: 2 jun. 2017.

