

**FUNDAMENTOS DEMOCRÁTICOS PARA UMA TEORIA INSTITUCIONAL:
OS CASOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E DA SUPREMA CORTE DOS EUA***

***DEMOCRATIC FUNDAMENTS TO AN INSTITUTIONAL THEORY:
THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
AND UNITED STATES SUPREME COURT CASES***

Henrique Rangel[†]

Carlos Bolonha^{††}

SUMÁRIO: **I.** Introdução; **II.** A ideia de democracia entre liberais e comunitaristas; **III.** Fundamentos para uma Teoria Institucional; **III.1.** Primeiro fundamento democrático: o *procedimentalismo deliberativo*; **III.2.** Segundo fundamento democrático: *uma concepção política de justiça*; **IV.** Verificação dos fundamentos democráticos a partir do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos EUA; **V.** Conclusão; **VI.** Referências bibliográficas.

RESUMO: A construção de uma teoria institucional para superar as presentes dificuldades encontradas nas sociedades modernas e complexas exige que se busquem elementos de base democrática. Desta maneira, este artigo, em um primeiro momento, analisa o debate entre liberais e comunitaristas para identificar o surgimento de uma nova teoria e quais os elementos absorvidos para o estabelecimento de um modelo normativo de democracia. Em um segundo momento, reconhecida a importância de fundamentos democráticos para uma teoria institucional, justifica-se a existência de pelo menos dois: (I) a adoção do procedimentalismo deliberativo por meio, principalmente,

* Este artigo foi elaborado no âmbito do Grupo de Pesquisa Teoria da Constituição e Teoria das Instituições (GP-TCTI), com o auxílio da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) e do Conselho Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento (CNPq), sendo referente àquela uma Bolsa de Iniciação Científica (IC-FAPERJ) e a um projeto de pesquisa aprovado na concorrência do Edital nº 9 de 2011 FAPERJ (Processo nº E-26/111.832/2011) e referente a este o projeto de pesquisa aprovado na concorrência do Edital Universal 14/2011 CNPq (Processo nº 480729/2011-5).

[†] Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bolsista em Iniciação Científica (IC-FAPERJ). E-mail: henriquerangelc@gmail.com.

^{††} Professor Adjunto do Departamento de Direito do Estado e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: bolonhacarlos@gmail.com.

dos discursos moral e ético; e (II) a adoção de uma concepção política de justiça que norteie a atividade deliberativa (a) imparcial, isenta de doutrinas e ideologias, (b) que reconheça a relevância de uma razão pública consolidada e (c) que reconheça a justiça como equidade como valor apriorístico à atividade deliberativa com especial destaque ao princípio da diferença. Por fim, verificam-se os casos do STF e da Suprema Corte dos EUA no que tange ao exercício democrático que proporcione melhorias à ordem constitucional e melhores condições para cidadãos livres e iguais.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Institucional; Fundamentos Democráticos; Procedimentalismo Deliberativo; Concepção Política de Justiça; Supremo Tribunal Federal; Suprema Corte dos EUA.

ABSTRACT: The construction of an institutional theory to overcome the present difficulties of modern and complex societies requires some elements on democratic basis. In this sense, this article in first place analyzes the debate between liberals and communitarians identifying the appearance of a new theory and which elements it had absorbed to establish a normative model of democracy. Secondly, assuring the importance of democratic fundamentals to an institutional theory, it is possible to existence of at least two of them: (I) the adoption of deliberative procedimentalism by means of, especially, the moral and moral discourses; and (II) the adoption of a political conception of justice to guide the institutional deliberation (a) observing an impartial way, free of doctrines and ideologies, (b) recognizing the relevance of a consolidated public reason, and (c) recognizing *justice as fairness* as an aprioristic principle, with a special highlight to its *difference principle*. At last, the theory sustained is applied to the STF and the United States Supreme Court verifying how these institutions in the deliberative scenario can exercise their democratic role providing improvements to the constitutional order and better conditions to equal and free citizens.

KEYWORDS: Institutional Theory; Democratic Fundamentals; Deliberative Procedimentalism; Political Conception of Justice; Supremo Tribunal Federal; United States Supreme Court.

I. INTRODUÇÃO

O presente artigo configura-se como uma provocação acerca da necessidade de uma teoria institucional para a realidade jurídico-político brasileira. Tal contribuição, por sua vez, necessariamente, deve ser construída sobre uma base democrática. O principal problema, porém, recai na dúvida acerca de que elementos devem ser considerados, com maior rigor, para conceber esta base democrática. Sobre este desafio, apresenta-se a hipótese de que haja dois fundamentos democráticos, no mínimo, que podem concorrer para a criação desta teoria institucional: o procedimentalismo deliberativo e a concepção política de justiça. Existe, da mesma maneira, um segundo objetivo, aqui, de, após argumentar a possibilidade de tais fundamentos exercerem a respectiva função, tentar verificá-los na atividade do STF e da Suprema Corte dos EUA. Para tanto, a presente análise pode desenvolver aspectos comparativos entre estas cortes.

No debate entre liberais e comunitaristas, apresentam-se contribuições para a teoria democrática aproveitadas por aquela que ficou conhecida como procedimentalista¹. A importância deste debate se baseia, em particular, no fato de tal teoria fazer uso daquelas contribuições para o desenvolvimento de outras teorias como a teoria democrática deliberativa, a teoria argumentativa, a teoria comunicativa entre outras. Há, contudo, uma dificuldade em se determinar, rigorosamente, uma aceção de democracia que possa assegurar fundamentos de uma teoria institucional, e acredita-se que o procedimentalismo democrático e a concepção política de justiça sejam capazes de atender a esta necessidade². O primeiro se destaca por sustentar os discursos moral e ético e o segundo por sustentar a imparcialidade, a razão pública e a justiça como equidade como valor apriorístico à atividade deliberativa. Ante esta perspectiva, a preocupação do presente estudo é verificar se a atividade do STF, bem como a da Suprema Corte dos EUA, possui uma correspondência com procedimentos democráticos de deliberação – primeiro fundamento – e com uma forma de decidir impessoal, respeitando a razão pública e norteadas por um princípio apriorístico legitimador – segundo fundamento.

¹ Acerca do debate entre liberais e comunitaristas, Cf. MULHALL, Stephen. SWIFT, Adam. **Liberals & Communitarians**. Cambridge, MA: Blackwell, 1992.

² Considerem-se procedimentalismo democrático e concepção política de justiça, respectivamente, a partir das seguintes obras: HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms. Contributions to a discourse**

II. A IDEIA DE DEMOCRACIA ENTRE LIBERAIS E COMUNITARISTAS

No debate sobre a democracia deliberativa, observa-se uma forte divisão entre os filósofos que dedicam suas análises sobre o tema. Apresentam-se duas principais correntes de pensamento: os liberais e os comunitaristas. Cada uma dessas linhas de pensamento busca trazer propostas de estruturas normativas ao direito, mas se chocam ao defender seus modelos de democracia. Enquanto, de um lado, uma teoria segue tradições filosóficas no resgate do pensamento liberal clássico do século XVIII, do outro, recuperam-se as visões tradicionais cívicas e republicanas como principal referencial teórico³. Observa-se que a corrente liberal, mesmo passando por mudanças de perspectiva ao longo do tempo, pode ser mais bem compreendida através de uma análise histórica sobre a sua formação. Originariamente, o fundamento da autonomia privada sustentava-se, basicamente, por um viés econômico, mas, no recente cenário, contempla também valores de ordem política e civil das liberdades individuais. O comunitarismo, por sua vez, pode ser mais bem assimilado por meio de referenciais vinculados a uma ideia de autonomia pública, sendo seu conceito central o de soberania popular.

Do ponto de vista histórico, a corrente liberal tinha por princípio um modelo de

Theory of Law and Democracy. Trad. William Regh. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996; RAWLS, John. **O Liberalismo Político.** 2º ed. São Paulo: Ática, 2000.

³ É preciso ressaltar que Rousseau pode ser compreendido, tanto como um participante do movimento liberal clássico, quanto um filósofo precursor da corrente comunitarista. Muitos autores o analisam a partir de um viés libertário tendo em vista sua defesa da autonomia política que leva a uma ideia de autodeterminação do cidadão perante o Estado. Deve-se entender, no entanto, que a obra de Rousseau pode ser considerada como um referencial teórico do comunitarismo, no que tange aos pressupostos do exercício das autonomias moral e privada, como, por exemplo, as liberdades no plano participativo e representativo políticos. São as liberdades no campo político de Rousseau que permitiriam um pleno exercício das liberdades individuais e é neste aspecto que será considerada sua influência ao comunitarismo. Para melhor entendimento desta perspectiva, é possível observar o trecho a seguir, em que Habermas contrasta Rousseau com Locke e Kant como, respectivamente precursores das correntes republicanas e liberais: “*Republicanism*, which goes back to Aristotle and the political humanism of the Renaissance, has always given the public autonomy of citizens priority over the prepolitical liberties of private persons. *Liberalism*, which goes back to John Locke, has invoked the danger of tyrannical majorities and postulated the priority of human rights. According to republicanism, human rights owed their legitimacy to the ethical self-understanding and sovereign self-determination achieved by a political community (...).” HABERMAS, Jürgen. **The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory.** Cambridge, MA: The MIT Press, 1998, p. 258. Para identificar o que parece ser a mais significativa fonte teórica da teoria liberal acima, Cf. LOCKE, John. **Second treatises of government.** Indianapolis: Hackett, 1980. Para identificar a obra que se atribui como de maior influência para a teoria comunitarista, Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** São Paulo: Nova Cultural, 1991.

democracia baseado em justificativas e propósitos econômicos. Havia uma vocação em privilegiar as liberdades individuais, fazendo com que o Direito fosse compreendido como uma forma de defesa contra as intervenções que impedissem a fluência das práticas de mercado. Pode-se entender, assim, que haveria um conjunto de direitos individuais protegendo as condutas sociais envolvidas com atividades paritárias e autônomas na órbita privada. Cada ente dotado de uma autonomia moral agiria de acordo com seus interesses particulares, mas respeitando limites imperativos com naturalidade⁴. Era a certeza, porém, de eventuais desobediências aos padrões comportamentais que justificavam a necessidade de sustentar uma instituição comprometida com a defesa dos direitos individuais do homem, a saber, o Estado. O combate aos abusos que contrariassem e impedissem um completo exercício das autonomias privada e negocial, interferindo nas relações de mercado em que se inserissem homens dotados de liberdade, é o foco da proposta normativa trazida pelo pensamento liberal. Se o campo da moral, por si só, fosse capaz de impedir as desvirtuações do comportamento humano, perder-se-ia a necessidade e fundamento de uma ordem jurídica democrática que regulasse as relações sociais. Como não o fazia, a preocupação liberal se manteve ao impedir que a autonomia privada fosse turbada e, não só seria preciso uma forma jurídica de controle, mas uma forma democrática de se estabelecer esta regulação. A problemática do fundamento democrático liberal se resume, pois, em uma garantia de direitos humanos individuais, permitindo-se que a autonomia dos cidadãos possa ser explorada sem interferências abusivas dos demais e, até mesmo, da própria instituição por eles criada, uma vez que seu fundamento está vinculado a um aspecto de atuação negativa.

A outra corrente de pensamento, a comunitarista, é formada por pensadores com uma perspectiva republicana cívica, com uma proposta completamente diversa da liberal de regulação normativa dos cidadãos. Trata-se de uma visão que observa a necessidade de todos se concentrarem para a criação de uma vontade que represente todos os anseios da coletividade e reprima os padrões comportamentais que lhe ofereçam resistência. O fundamento para uma democracia normativa dos comunitaristas

⁴ Esta ideia pode ser encontrada no imperativo categórico de Immanuel Kant. Para uma interpretação deste conceito: “Kant’s categorical imperative already goes beyond the egocentric character of the Golden Rule: ‘Do not do unto others what you would not have them do unto you.’ Whereas this rule calls for a universalization test from the viewpoint of a given individual, the categorical imperative requires that *all*

se encontra na intenção de criar esta vontade geral que deve ser respeitada fielmente por qualquer cidadão. É através de uma orientação firmada em padrões culturais que os comunitaristas desenvolvem seu sistema de valores. Ao invés de se defender liberdades individuais com maior rigor, destaca-se a importância dos interesses que se estabelecem como coletivos. O pensamento da comunidade seria transferido a um ente personificado com o dever de representar a vontade de todos. Sob a perspectiva de uma análise dos valores em que os cidadãos compartilham um auto-entendimento, nota-se a construção de uma “identidade de sistemas de referências” que firma os intentos coletivos atribuídos ao Estado⁵. Este, por sua vez, separar-se-ia da própria população e agiria como sujeito representante de uma opinião que não é particular, nem de um grupo, nem mesmo da maioria: a vontade geral.

O fundamento democrático desta corrente se encontra na ideia de soberania popular. Enquanto aquele outro posicionamento pauta-se em prerrogativas de liberdade, no comunitarismo, parte-se de vontades culturalmente definidas e cogentes sobre o cidadão, que, mesmo discordante desta visão, deve ceder às aspirações coletivas.

O debate, no entanto, deparou-se com um *terceiro modelo normativo de democracia*, que não se definiu como opositor a nenhum dos acima citados, mas partiu do pressuposto de que, na modernidade, é preciso se passar por planos discursivos variados para que se chegue a uma forma democrática de atuação⁶. Esta perspectiva alternativa aos modelos teóricos tradicionais pode ser reconhecida pelo procedimentalismo democrático. Tal concepção tem como maiores teóricos Jürgen Habermas e John Rawls.

III. FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA INSTITUCIONAL

A maior parte dos aspectos teóricos sustentados pelos liberais e pelos comunitaristas foi aproveitada pela corrente procedimentalista. Busca-se afirmar, como

those possibly affected be able to will a just maxim as a general rule”. HABERMAS, Jürgen. **The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory**. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998, p. 57.

⁵ Para compreender o conceito sociológico de sistema de referências, Cf. BERGER, Peter; LUCKMAN, Thomas. **Modernidade, Pluralismo e Crise de Sentido: a orientação do homem moderno**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

⁶ O termo *terceiro modelo normativo de democracia* foi cunhado por Habermas, como se observa na passagem a seguir: “The third model of democracy, which I would like to propose, relies precisely on those conditions of communication under which the political process can be presumed to produce rational results because it operates deliberatively at all levels”. HABERMAS, Jürgen. **The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory**. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998.

hipótese central, a existência de, no mínimo, dois fundamentos democráticos para a elaboração de uma teoria institucional. Ao lado do procedimentalismo deliberativo de Habermas, aqui admitido como o primeiro fundamento democrático, sustenta-se a possibilidade de que a concepção política de justiça encontrada na obra de Rawls seja o segundo.

1. Primeiro fundamento democrático: o *procedimentalismo deliberativo*

É preciso afirmar, em um primeiro momento, que o Direito moderno não pode ser entendido senão a partir de sua dualidade. A vida moderna implica situações muitas vezes paradoxais, como a necessidade de reconhecer a diversidade social para que vínculos identitários em estrato coletivo sejam formados. Assim, também deve ser entendida a noção moderna de Direito, uma vez que é marcada por uma *tensão interna* entre realidade social, sua matriz de criação, e pretensão de racionalidade⁷.

De fato, não é possível admitir, na vida contemporânea, qualquer conceituação de uma estrutura normativa de Direito que dispense um desses elementos essenciais à sua legitimidade. Na verdade, torna-se necessário verificar quais são os acontecimentos concretos que dão ensejo à necessidade de se criar uma instituição que funcione normativamente para a coesão social. A partir de uma realidade fática, tem-se um primeiro plano de demanda legítima para a definição desta instituição de Direito. Após a necessidade de construir, através de fatos sociais, faz-se necessário o controle, que, porém, deve ocorrer de maneira equilibrada, capaz de comover a vontade coletiva⁸. Esta

⁷ Esta ideia de haver uma tensão interna intrínseca ao Direito moderno entre normatividade e faticidade é defendida, sobretudo, na obra HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms. Contributions to a discourse Theory of Law and Democracy**. Trad. William Rehg. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996. A passagem seguinte exemplifica este entendimento: “(...) our understandign of modern law: we consider the validity of a legal norm as equivalente to the explanation that the state can simultaneously guarantee factual enforcement and legitimate enactment – thus it can guarantee, on the one hand, the legality of behavior in the sense of average compliance, which can if necessary be compelled by sanctions; and, on the other hand, the legitimacy of the rule itself, which must always make it possible to coply with the norm out of respect for the law”. HABERMAS, Jürgen. **The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory**. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998, p. 255.

⁸ *Fato Social* é um termo cunhado pelo sociólogo francês Émile Durkheim. Esse conceito foi essencial à definição de um objeto científico para a Sociologia enquanto fatos gerados a partir da vida em sociedade. São elementos do fato social a *generalidade* (são fatos que ocorrem para a coletividade, não para um indivíduo específico), a *externalidade* (são fatos gerados em um plano exterior aos indivíduos e independentes de suas consciências) e a *coercitividade* (elemento relativo aos padrões de cultura, que são fortes o suficiente para compelir os indivíduos a cumpri-los). DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 6º ed. Lisboa: Editorial Presença, 1995.

instituição passa por um novo plano de legitimidade, em que deve preencher uma pretensão de validade ou de racionalidade, entendida como uma regulação que não avance sobre os limites que a comunidade reconhece. Para tanto, os cidadãos avaliam a pretensão enquanto verdadeira e enquanto moralmente correta.

Fica mais claro, portanto, a relevância de conceituar se o Direito contemporâneo é reconhecido como um conjunto normativo e impessoal de preceitos estabelecidos por um procedimento democrático reconhecido como legítimo, em planos de faticidade e de validade, por seus cidadãos. Não é comum que haja uma aceitação unânime entre os cidadãos, mesmo porque o processo de pluralização das visões de mundo e a heterogeneidade de sistemas de referência do mundo contemporâneo tendem a uma crise ética. Habermas, entretanto, indica três situações hipotéticas que possibilitariam o alcance de um maior consenso na ação discursiva: (I) pleno entendimento dos significados e da linguagem; (II) a existência de atores discursivos considerados como racionalmente responsáveis; e (III) reconhecimento de um consenso alcançado que não é falso ou equivocado, estabelecido por parâmetros de verdade e de justiça. Estas situações ideais não se comportam como fatores impeditivos de um consenso pela ação comunicativa. Em verdade, são questões capazes de aumentar o potencial de racionalidade de qualquer discurso. Em um discurso de grande potencial de racionalidade, é mais provável que se estabeleça um consenso verdadeiro, justo e, portanto, legítimo⁹. Passando-se pela ideia de que a ação comunicativa é essencial a esse processo de definição de valores em uma estrutura de sociedade, há algumas questões que precisam ser analisadas. Existem duas maneiras diversas de se alcançar um entendimento discursivo, um de forma comunicativa, em que racionalmente se estabelece um consenso, outra de maneira estratégica, em que os sujeitos partem de interesses particulares que não o encontro do verdadeiro e do justo, mas a satisfação de interesses particulares, sobretudo patrimoniais e políticos. É muito comum que, dada a impossibilidade de um consenso, podem ocorrer decisões negociadas estrategicamente, contra qualquer possibilidade de definição de uma vontade idônea em prol da coletividade. A ação comunicativa se expressa como uma maneira de se decidir

⁹ Em relação à teoria da ação comunicativa de Habermas, é possível verificar referência em dois volumes. HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action: Reason and Rationalization of Society (Vol. 1)**. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1984; HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action: Lifeworld and System, a critique of functionalist reason (Vol. 2)**. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1987.

passando por um processo de entendimento lingüístico, envolvendo diferentes planos discursivos, em que seus membros abrem mão de interesses imediatos para que deliberem de maneira racional.

Diferentemente dos liberais clássicos e dos comunitaristas, esta nova teoria do Direito reconhece a existência de uma sociedade pluralizada e formada por discursos com naturezas diversas. Não somente o discurso moral, como acreditam os liberais, deve justificar e nortear a criação de um modelo normativo de democracia, mas também o discurso ético, central para os comunitaristas. Não só estes dois, mas qualquer discurso que se defina na realidade social precisa ser inserido na ação comunicativa, pois é importante para o processo de formação de opinião e vontade (*opinion-and will-formation*) da coletividade¹⁰. O equívoco está em se basear somente em um discurso para fundamentar o modelo normativo de democracia, quando a eliminação de um discurso já é, por si, uma atitude antidemocrática. O processo de formação de opinião e vontade, seja diretamente pelo consenso ou indiretamente pela recepção da opinião pública divulgada, tem papel determinante para a formação do poder comunicativo, algo que Habermas defende ser capaz de influenciar a máquina administrativa¹¹. O Estado, com seus deveres institucionais de gerenciar os interesses da coletividade, recebe esta opinião e vontade para criar o Direito. Por esse motivo, Habermas acredita ser a lei o instrumento pelo qual o poder comunicativo, que reúne os interesses, valores e identidades na esfera pública, transforma a atividade administrativa do governo.

¹⁰ O conceito de *opinion-and will-formation* pode ser extraído da seguinte passagem: “A functionalist analysis of bureaucratic power and legal procedures cannot stand on its own but must be tied to an account of public reason. For Habermas, this latter account must ultimately refer to democratic process of ‘opinion-and will-formation’ in the public sphere. As a formation of opinion and will, public discourse is not merely a cognitive exercise but mobilizes reasons and arguments that draw on citizens’ interest, values and identities. Political discourse thus brings in the citizens’ actual sources of motivation and volition. It thereby generates a ‘communicative power’ that has a real impact on the formal decision making and action that represent the final institutional expression of political “will”. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms. Contributions to a discourse Theory of Law and Democracy.** Trad. William Rehg. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996, p. xxviii.

¹¹ *Poder comunicativo* é um conceito cunhado por Habermas, conexo à sua teoria da ação comunicativa. A ação comunicativa seria alcançada por um consenso no espaço público, uma situação idealizada que retira fatores condicionantes de seus participantes de forma que se afastem do contexto imediato em que se encontram, sem que interesses particulares sejam defendidos. São pressupostos à ação comunicativa: um pleno entendimento pelos membros dos significados e da linguagem, consciência de que são racionalmente responsáveis e a consideração de que, qualquer que seja o consenso alcançado pela justificativa racional, após passar por critérios de verdade e de justiça, os participantes acreditarão que o resultado não é falso ou equivocado. Poder comunicativo, por sua vez, seria o produto alcançado por esse discurso na esfera pública capaz de influenciar as decisões políticas. Cf. HABERMAS, *op. cit.*, p. 146-157.

Entendendo-se a necessidade de se reconhecer a validade de diferenciados discursos, é possível admitir a importância de se defender os direitos humanos ligados às liberdades individuais, permitindo-se uma ampla fruição da autonomia privada, sem que se perca a necessidade de reconhecimento da validade da autonomia pública de reger interesses culturais do auto-entendimento coletivo, definidos em nome da soberania popular. Os valores que antes eram antagônicos passam a se pressupor mutuamente, uma vez que não há de fato soberania em um povo que não é livre, também não havendo ampla liberdade em um povo subordinado. Admitindo-se que os direitos humanos individuais têm a mesma essencialidade e valor que a soberania popular, tem-se um modelo normativo verdadeiramente democrático, pois não privilegia planos discursivos em detrimento de outros.

Trata-se de contemplar liberdades de uma autonomia política para criação de um governo democraticamente eleito em observância da legalidade, permitindo que um povo soberano se expresse; enquanto o indivíduo somente possui esta autonomia política porque um povo soberano lhe deu liberdade por meio da lei. Esta terceira proposta de modelo normativo funciona relacionando dois fundamentos para alcançar uma forma deliberativa conforme a opinião e a vontade coletiva, não compreendendo essa expressão como somente um discurso ético, mas também moral, convertida em atividade de governo pela lei por ter passado por um procedimento racional discursivo.

2. Segundo fundamento democrático: *uma concepção política de justiça*

É preciso ir além do preenchimento dos requisitos de legalidade nesse momento, deliberando de maneira legítima, em chancela de um conjunto de valores definidos por uma comunidade politicamente organizada, livre e soberana. Quando uma estrutura de sociedade define de maneira impessoal, partindo-se de um pressuposto de igualdade, quais são os valores de maior relevo para a manutenção e concretização de suas vontades, tem-se a construção de uma razão pública¹².

¹² Este é um conceito intimamente ligado à teoria de John Rawls, filósofo político norte-americano. De acordo com Rawls, “A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o status da cidadania igual. O objeto dessa razão é o bem público: aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetos e fins que devem servir”. Cf. RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000. São explorados procedimentos democráticos institucionalizados para centralizar a atividade institucional, individual ou dialogicamente, a partir desse conjunto de valores profundamente enraizados numa estrutura de sociedade, levando as instituições a um comprometimento acerca da efetivação das vontades

Com a filosofia kantiana, argumentava-se que uma sociedade deveria tomar como pressuposto a liberdade, para que, através de comportamentos de uma autonomia moral, as condutas humanas, de uma maneira universalizável, alcançassem um patamar ideal de igualdade. Rawls identifica a impossibilidade de se chegar à igualdade por essa via, uma vez que a verdadeira tendência do homem é partir da liberdade diretamente para a diversidade. Assim, a chave para se encontrar uma sociedade com cidadãos livres e em situação de igualdade seria tomar a igualdade como seu pressuposto¹³. Cidadãos racionalmente comprometidos precisariam abandonar as mais diversas doutrinas que revestem o pensamento humano. Há a necessidade de se deixar de lado as referências imediatas como as que encontramos em religiões, ideologias políticas, entre outras visões de mundo, em um estado que possibilitaria que um debate fosse firmado pelo pressuposto da igualdade e da impessoalidade¹⁴. O próximo passo seria a definição de uma razão pública. É esta razão que representa aquilo que há de mais importante para uma estrutura de sociedade e, justamente por isso, encontra-se revestida de um poder normativo capaz de compelir seu cumprimento pelas instituições democráticas que compõem sua estrutura básica. Uma vez que os cidadãos firmam uma razão pública com o que entendem como valores imprescindíveis a uma atividade legítima de Estado, esta razão deve ser adotada pelas instituições como fundamento para diálogos e deliberações.

É necessário, ainda, que se busque identificar e aprimorar um princípio apriorístico, basilar para o procedimento de tomada de decisões no desempenho do papel democrático das instituições. Deve-se retirar desta razão pública, impessoalmente alcançada, um valor superior que fundamente qualquer espécie de decisão ou argumentação dentro do plano de atuação deliberativa de uma instituição.

e identidades políticas de seus cidadãos.

¹³ Para Rawls, até certo ponto de sua obra, a ideia de pessoa remontava a uma condição metafísica. Após uma série de críticas e sucessivas revisões, Rawls apontou que, na verdade, tal estado primário de igualdade passaria por uma visão política. Para tanto, reconheceu um artifício metodológico, a *posição original*. Com isto, seria possível superar a dificuldade do consenso e o pluralismo razoável seria capaz de definir alguns valores básicos a ser adotado enquanto princípios de justiça. Cf. RAWLS, John, *op. cit.*.

¹⁴ Sobre este conceito fundamental para a compreensão de indivíduo na posição original na obra de Rawls, observe-se a passagem a seguir: “The concept of full autonomy is reserved for the citizens who already live under the institutions of a well-ordered society. (...) They need not regard matters from the moral point of view, which would require them to take account of what is in the equal interest of all, for this impartiality is exacted by a situation that throws a veil of ignorance over the mutually desinterested though free and equal parties. Because the latter do not know which position they will occupy in the

Quando a Suprema Corte dos EUA, por exemplo, exerce sua função jurisdicional de Estado, ela se reveste de uma razão pública, elegendo um valor superior que oriente suas decisões em defesa dos interesses da coletividade. Existem princípios, nos EUA, que prescindem de uma definição da Suprema Corte, pois já se encontram enraizados na sociedade, resultado de uma prática judicial que pouco-a-pouco sedimentou o conteúdo de direitos e princípios. Pode-se afirmar que, sempre que uma situação coloca em risco a segurança nacional, por exemplo, a Corte, ainda que não concorde, decide em defesa deste valor. Ao que parece, o mesmo integra a razão pública: um princípio aprioristicamente definido como intangível naquela estrutura de sociedade. A própria Suprema Corte se vê compelida a enfrentar a situação a partir deste valor superior, uma vez que, do contrário, o que ela “afirmar” como Direito não será reconhecido como válido e legítimo pela população norte-americana, levando ao seu desgaste institucional¹⁵.

Rawls assume não identificar um valor superior capaz de nortear a atividade institucional. Sua *justice as fairness* conteria valores retirado da razão pública e teria a função de reger a atividade da estrutura básica da sociedade. Trata-se de uma teoria da justiça baseada em dois princípios. Por um lado, o primeiro traz a noção de que todo cidadão deve ser livre para construir um plano de vida conforme sua vontade e seus interesses. Por outro lado, sempre que uma situação de desigualdade é estabelecida, o princípio da diferença deve ser atendido a partir de duas ideias: (I) todos os cargos e funções na vida devem estar abertos igualmente a todos; e (II) os indivíduos em situação menos privilegiada devem obter a maior vantagem possível com os benefícios dos mais privilegiados¹⁶. A noção de equidade deriva de uma situação fundamental de igualdade, desenhada pela autonomia privada do cidadão, mas reconhecendo que certas situações fáticas não podem prejudicá-lo ao criar barreiras a um amplo exercício da

society that it is their task to order, they find themselves constrained already by their self-interest to reflect on what is equally good for all”. HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 51-52.

¹⁵ Tradicionalmente, a segurança nacional é tratada na experiência constitucional norte-americana, especialmente pela Suprema Corte, como um valor que supera qualquer outro bem jurídico. Corroborando este sentido, podem ser indicados casos como *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944); *Department of Navy v. Egan*, 484 U.S. 518 (1988). A preocupação dos EUA com este princípio já era forte e evidente antes mesmo da elaboração de sua Constituição. Cf. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. Eletronic Classics Series Publication: Pennsylvania State University, 2001.

¹⁶ Trata-se dos dois princípios de justiça que Rawls apresenta como proposta para que as instituições adotem em uma concepção política para sua atividade: o princípio da igualdade e o princípio da diferença. Cf. RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. 2º ed. São Paulo: Ática, 2000.

liberdade, sendo inaceitável que os cargos fossem colocados fora do alcance dos indivíduos pelo mero desenvolvimento de desigualdades no plano social e econômico. Os indivíduos passam a necessitar, para isso, de condições materiais de igualdade de forma concreta por toda sua vida e o princípio da diferença, segundo princípio da *justice as fairness*, possui, em especial, a finalidade de desenvolver uma ideia de cooperação entre os cidadãos.

Assim sendo, é observável que os dois fundamentos que ora se apresentam apontam para parâmetros seguros e basilares para a ordem constitucional e a essência primeira para a elaboração de uma teoria institucional democrática. Para a comprovação da importância destes dois fundamentos democráticos, examinamos, agora, sua aplicação na esfera do STF.

IV. VERIFICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DEMOCRÁTICOS A PARTIR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE DOS EUA

Quando as instituições cumprem, em suas funções deliberativas, o modelo procedimentalista e guiam sua atividade por uma concepção política de justiça, podem ser vistas como instituições democráticas. Após sustentar esta hipótese, é possível submeter o comportamento de algumas instituições a uma análise sobre o atendimento a estes dois fundamentos.

O STF, ao buscar a razão pública para deliberar e se comunicar com os demais poderes de Estado, parece encontrar certa dificuldade. Não se sabe, portanto, se o STF falha em se comportar como uma instituição democrática e imparcial no desempenho de suas competências e de seu papel deliberativo em um Estado Democrático de Direito. Sequer é preciso buscar exemplos de certa parcialidade no STF em precedentes distantes. O recente caso do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) atende a esta particular observação. Em menos de 24 (vinte e quatro) horas, o STF alterou diametralmente a orientação adotada em sessão do dia 07/03/2012, após Questão de Ordem provocada pela Advocacia Geral da União, indicando que a declaração de inconstitucionalidade formal a que se caminhava – da Lei nº 11.516 de 2007 – levaria a algumas situações indesejadas¹⁷. A decisão a que tendia o STF levaria,

¹⁷ Trata-se de Medida Provisória convertida em lei instituindo o ICMBio e a causa da alegada inconstitucionalidade foi uma violação do art. 62, §9º, da Constituição com a redação da Emenda Constitucional nº 32 de 2001.

também, à inconstitucionalidade de mais de 500 (quinhentas) Medidas Provisórias irregularmente convertidas em lei, além de outras em tramitação no Congresso Nacional. Ao que parece, a revisão desta orientação foi motivada por um interesse de ordem burocrático-administrativa, buscando evitar um grande crescimento da demanda de sua atividade. Portanto, após considerar um determinado procedimento legislativo como formalmente inconstitucional, preferiu-se manter seus respectivos resultados, aplicando somente a modulação de efeitos no sentido de atribuir eficácia *ex nunc*, a enfrentar uma enxurrada de ações diretas e recursos extraordinários¹⁸. A mensagem que podemos extrair deste precedente é a seguinte: “Presidência, caso queira editar uma Medida Provisória inconstitucional, notificamos que a edição de 500 com o mesmo vício garantirá sua validade”¹⁹.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, pode ser vista como um parâmetro de instituição democrática, fortemente integrada com as demais instituições de seu Estado. Trata-se de uma Corte que reconhece sua atividade por uma perspectiva deliberativa, como participante do processo democrático na formação da opinião e vontade da nação. Durante a segunda metade do século XX, notadamente na Corte de Warren (1953-1969) e na Corte de Burger (1969-1986), o desempenho da atividade constitucional desta Corte conseguiu, em um momento de forte demanda social, firmar parâmetros políticos ainda vigentes e, mais do que isto, hoje enraizados na cultura pública deste país. Questões essencialmente constitucionais foram estabelecidas neste período e podem ser entendidos como *standards* reconhecidos com um forte grau de legitimidade por seus cidadãos. Podem ser enunciados como exemplos casos como *Brown v. Board of Education*, *Roe v. Wade* e *Regents of University of California v. Bakke*²⁰. Todos estes se envolvem com situações de forte dissenso na sociedade, podendo ser compreendidos seus temas como casos de essencial relevância para a ordem democrática, sobretudo frente a um Congresso silente. No primeiro caso, deu-se

¹⁸ A modulação de efeitos é uma técnica prevista, inicialmente, para o controle abstrato de constitucionalidade, com o art. 27 da Lei do Procedimento da ADI e da ADC (Lei nº 9882 de 1998). Sedimentou-se, porém, destacando-se a orientação do Min. Gilmar Mendes para este sentido, que o referido recurso seria uma técnica do próprio controle de constitucionalidade – portanto, uma técnica do gênero. O que se destaca sobre esta matéria, porém, é que a eficácia do controle de constitucionalidade pode ser controlada pelos Ministros, evitando-se que somente se promovam declarações de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*, situações que podem levar a certa insegurança jurídica.

¹⁹ Cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4029 de 2011, Min. Rel. Luiz Fux, STF.

²⁰ Cf. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) – sobre segregação racial; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) – sobre aborto; e *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978) – sobre ações afirmativas.

termo a um longo movimento pelos direitos civis no que tange a segregação racial com sucessivos insucessos na via legislativa, firmando o parâmetro do *desegregation*. O *desegregation* significou uma política de combate às segregações raciais promovidas com base nas Leis de Jim Crow, sobretudo a partir do exemplo da estrutura educacional pública que chegou até a Suprema Corte. Outras atitudes discriminatórias norteados por ideias de superioridade racial somente foram combatidas pelo Civil Rights Act (1964). No segundo, o dilema entre a autodeterminação da mulher sobre seu próprio corpo e o direito à vida de um ente concebido foi estabilizado com uma sistematização em três trimestres da gravidez. No primeiro trimestre, a decisão cabe exclusivamente à grávida e seu médico, considerando-se uma esfera de privacidade da mulher e os danos – físicos e psicológicos – a que ela estaria se submetendo; no segundo, a decisão da mulher deverá atender às regras de segurança do Estado para preservação de sua integridade; por fim, no último trimestre de gravidez, o feto já possui grande chance de nascer com saúde (*capability of meaningful life*), podendo o Estado vedar o aborto caso não haja excepcionalidades como risco à vida e à saúde da mulher. No último caso citado, enfrentou-se a dificuldade de estabelecimento de ações afirmativas no plano do ensino público superior, estabelecendo que sistemas de cotas, por exemplo, carecem de base legal, embora seja possível criar formas de avaliação de cada um dos candidatos e suas qualidades e característica considerando, entre outros parâmetros particularizados, a raça e a origem étnica. Até o momento da decisão – assim como até o presente momento – somente havia um modelo de seleção nas universidades norte-americanas que atendessem a este parâmetro, o *potential plus factor*. Tendo em vista tais exemplos, é de grande interesse que o STF esteja atento à atividade deliberativa desta Corte, já com um nível de legitimidade elevado perante a consciência de seus cidadãos e de coordenação entre as demais instituições de Estado atuantes.

O STF, enquanto cúpula do poder Judiciário, é uma instituição que atrai os olhares de inúmeros estudiosos do Direito. As atenções, entretanto, estão sempre voltadas ao teor, e não ao fundamento de suas decisões. Tornou-se comum buscar saber qual é o entendimento do STF sobre determinada matéria, mas pouco se procura compreender de que valores e de que fundamentos nasce aquele entendimento. Em se tratando de um órgão colegiado, verdadeiro espaço público de deliberação – ou, ao menos, assim deveria ser –, é cogente que a investigação busque elementos de uma ação comunicativa no STF. O que aparenta, no entanto, é o contrário. Cada vez está mais

latente que, ao invés de um consenso racionalmente estabelecido, *onze ilhas* são feitas e lançadas à sorte²¹. Uma convergência dessas orientações é esperada. Caso contrário, recorre-se à matemática para encontrar o que a maioria dos votos pretendeu decidir.

Os EUA, em outro sentido, têm uma razão pública já assentada e vínculos identitários em um plano coletivo capazes de lhe conferir coesão social. Fatores como estes tornam mais fácil o processo de deliberação em sua Corte. A razão pública e os valores apriorísticos tornam-se, com isto, muito mais nítidos e presentes na sociedade. Qualquer espécie ou tentativa de desvio de suas instituições provocaria um processo reacionário na comunidade tão poderoso quanto legítimo. Assim, as instituições norte-americanas têm maior facilidade em decidir de maneira legítima, ao mesmo tempo em que estão cada vez mais forçadas pela própria comunidade a representá-la. A Suprema Corte dos EUA, embora, hoje, seja vista como uma Corte de caráter minimalista e que evita temas mais representativos e de grande efervescência social em seu *pool of certiorary*, nem sempre atuou desta maneira – vide os exemplos da Corte de Warren e da Corte de Burger acima. Por muitos anos, a Corte de Warren (1953-1969) e a Corte de Burger (1969-1986) foram espaços públicos de deliberação marcados por grande fervor. Questões com cunho moral e social que despertavam grandes manifestações estavam muito presentes naquele momento de ativismo da instituição conhecido como *democracy reinforcement*. Em sentido diverso, restou à Corte, na atualidade, zelar por uma noção de responsabilidade democrática com maior afínco para que possa ser preservada a legitimidade que adquiriu durante este período do século XX. É possível afirmar que o próprio fato de haver uma cultura pública consolidada neste país no momento dispensa a necessidade de um modelo tão fortalecido de *judicial review*.

Quando analisamos o quadro brasileiro, é preciso compreender as idiossincrasias de sua sociedade. Não possuímos uma razão pública tão forte e nítida como há nos EUA, o que dificultaria recorrer a estes valores e ao princípio apriorístico que fundamentasse a democracia brasileira em suas atuações. Da mesma forma, a pressão que se exerce sobre o STF é indubitavelmente inferior àquela exercida sobre as decisões da Suprema Corte dos EUA, mesmo porque grande parte da população brasileira se encontra em um *déficit* de condições materiais de existência que os impedem de exercer

²¹ O termo *onze ilhas* foi cunhado por Conrado Hübner Mendes, em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo do dia 01/02/2010, para representar a despreocupação dos Ministros do STF em buscar um consenso. Alega o autor que não se formam, com frequência, consensos, tendo-se, na verdade, onze

sua autonomia política, cidadania e liberdades civis de maneira ampla. Torna-se necessário pensar quais seriam o papel e a responsabilidade do STF em relação a uma sociedade recentemente democratizada e constitucionalizada, com situações estruturais aquém da dignidade e dos valores constitucionalizados. Trata-se de um potencial ambiente de desenvolvimento e fortalecimento da razão pública brasileira, ainda frágil e pouco presente no pensamento coletivo pátrio como essencial ao regime democrático e à ordem institucional.

O STF, compreendido como um dos principais espaços de deliberação pública, deve revestir seus membros de uma responsabilidade de fortalecer a democracia brasileira. Eles devem atuar tendo em mente que precisam buscar um consenso sobre os valores basilares da estrutura política de seu Estado, sendo imprescindível se abrir o debate para que, progressivamente, procedimentos racionais, sobretudo participativos, definam a razão pública. Passando por este momento de fortalecimento e desenvolvimento de uma razão pública brasileira, os valores superiores que fundamentam a atividade dela e das demais instituições democráticas se tornam mais presentes na realidade da sociedade. Conseqüentemente, a presença destes valores na coletividade resultará, de maneira reflexiva, no exercício de uma maior pressão sobre as decisões da própria Corte.

Mesmo a Suprema Corte dos EUA, sendo uma Corte que evita se deparar com questões de maior clamor social em seu atual estágio político-institucional, apresenta um perfil de grande contribuição para a formação de opinião e vontade de sua sociedade. Para que isto pudesse ser concretizado de maneira legítima, esta Corte buscou elementos presentes na cultura pública de seu país para solucionar controvérsias essencialmente constitucionais em um viés democrático. Nos EUA, mesmo os canais informais como a opinião pública exerceram uma pressão política sobre esta atividade. Tais cobranças e expectativas tiveram um impacto significativo na ordem democrática norte-americana, criando um forte senso de responsabilidade democrática na Suprema Corte. Cabe ao STF, da mesma maneira, buscar uma atividade que reforce o difícil procedimento de formação de opinião e vontade na comunidade brasileira. Há, no entanto, um peso muito maior sobre a própria população. Esta, por sua vez, tem a árdua tarefa de pressionar a jurisdição constitucional de modo que estabeleça parâmetros

opiniões completamente distintas e sem o intento de formarem uma visão comum.

seguros para a elaboração de uma cultura pública no País.

V. CONCLUSÃO

Através de uma breve retrospectiva do debate instaurado em torno da ideia de democracia entre liberais e comunitaristas, foi possível identificar alguns dos mais relevantes conceitos e pensamentos que estruturam o terceiro modelo normativo de democracia. Antes mesmo de tal constatação, porém, é possível verificar o quanto é importante compreender a democracia em seus principais aspectos para a pretensa construção de uma teoria institucional. O motivo deste artigo deriva, em grande parte, da aparente insuficiência da teoria constitucional sobre a perspectiva democrática para suprir as dificuldades encontradas nas sociedades modernas e complexas. Muito se tem discutido sobre as normas constitucionais, tendo em vista o claro problema de sua falta de eficácia, como no caso brasileiro. O que, porém, não se percebeu, até o momento, é que não basta analisar a norma para reverter este quadro. Enquanto não se produzir um estudo amplo e profundo sobre as instituições, a discussão sobre efetividade se manterá estéril. Pode-se atribuir a isto uma única razão: são as instituições que aproximam o conteúdo atribuído ao plano normativo da real condição de existência contida no plano fático. Chegou-se a tal estado que de nada adianta desenvolver o estudo da norma enquanto as instituições não desempenharem devidamente, além de suas competências formais, o seu papel dentro da ordem democrática. Justifica-se, portanto, o motivo de buscar analisar fundamentos democráticos para uma teoria institucional.

O STF, por sua vez, foi selecionado como instituição em particular para a aplicação de tais fundamentos por realizar, nos últimos anos, a maior parte das deliberações democráticas com verdadeira essencialidade à vida social e à ordem constitucional brasileiras. A partir deste protagonismo que se atribui ao STF, a conclusão deste artigo visa apresentar de maneira sistemática algumas considerações que devem ser atendidos pelo STF no exercício de suas atividades deliberativas, tendo em vista a existência de, pelo menos, dois fundamentos democráticos para tanto. Por um lado, com (I) o fundamento democrático do *procedimentalismo deliberativo*, o STF precisaria reconhecer e, até mesmo, fomentar o processo de formação de opinião e vontade da coletividade por meio de procedimentos racionais, discursivos e legais em sua atividade deliberativa sem excluir o valor da soberania popular no discurso ético, o valor de direitos básicos no discurso moral, nem qualquer outro valor de espécie de

discurso. Por outro lado, com (II) o fundamento democrático da *concepção política de justiça*, o STF (II.a) não deveria ser guiado em sua atividade por doutrinas ou ideologias, predominando em seu perfil a imparcialidade de um ente que somente institucionaliza um ideal de justiça; (II.b) precisa auxiliar a soberania popular no desenvolvimento de uma sólida cultura pública que defina quais são os valores centrais da sociedade acerca dos assuntos essencialmente constitucionais para que todas as instituições possam recorrer, no futuro, a uma razão pública consolidada; (II.c) complementar a deliberação democrática com a adoção da justiça como equidade enquanto princípio apriorístico de sua atividade jurisdicional, concorrendo para o fortalecimento de uma sociedade cooperativa em que todos os cidadãos tenham condições suficientes para gozar de seus direitos constitucionalizados.

Tais preceitos foram elaboradas com o propósito de colaborar para uma teoria que determine como as instituições possam cumprir com seu papel democrático. É necessário observar, entretanto, que o devido atendimento a estes princípios indica, além de uma legítima atuação das instituições, para significativas melhorias no campo da efetividade das normas constitucionais, repercutindo diretamente sobre as condições materiais de existência dos indivíduos, sobre a cidadania e sobre a progressiva construção de uma cultura pública cívica e constitucional.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERGER, Peter; LUCKMAN, Thomas. **Modernidade, Pluralismo e Crise de Sentido: a orientação do homem moderno**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.
- BICKEL, Alexander. “Foreword: the passive virtues”. **Harvard Law Review**, Vol. 75, 40, 1961.
- BOHMAN, James. **Public Deliberation: pluralism, complexity and democracy**. Cambridge, MA: The MIT Press, 2000.
- BOHMAN, James; REHG, William (eds.). **Deliberative democracy: essays on reason and politics**. Cambridge, MA: The MIT Press, 1997.
- BOTERO, Giovanni. **Della Ragion de Stato**. Veneza: Appresso i Gioliti, 1589.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 6º ed. Lisboa: Editorial Presença, 1995.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- GRIFFIN, Stephen. **American Constitutionalism**. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- GRIFFIN, Stephen. “The Age of Marbury: judicial review in a democracy of rights”. In: TUSHNET, Mark (ed.). **Arguing Marbury v. Madison**. Stanford: Stanford University Press, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms. Contributions to a discourse Theory of Law and Democracy**. Trad. William Rehg. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996.
- _____. **Direito e moral**. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. **The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory**. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998
- _____. **The Theory of Communicative Action: Reason and Rationalization of Society (Vol. 1)**. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1984.
- _____. **The Theory of Communicative Action: Lifeworld and System, a critique of functionalist reason (Vol. 2)**. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1987
- LOCKE, John. **Second treatises of government**. Indianapolis: Hackett, 1980.
- MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. Eletronic Classics Series Publication: Pennsylvania State University, 2001.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2011.

MULHALL, Stephen. SWIFT, Adam. **Liberals & Communitarians**. Cambridge, MA: Blackwell, 1992.

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

_____. **O Liberalismo político**. 2º ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Harvard University Press, Boston, 1999

SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 28, 2002.

WALZER, Michael. **Pluralism and democracy**. Paris: Editions Esprit, 1997.

WECHSLER, Herbert. “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”. **Harvard Law Review**, Vol. 73, 1, 1959.

ZURN, Christopher. **A question of institutionalization: Habermas on the justification of the court-based constitutional review**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1845872>. Acesso em: 26 de maio de 2011.