

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO: ESTUDO COMPARADO DO PRECEDENTE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO BRITÂNICA

Lucas Henrique Muniz
da Conceição

Pesquisador do Núcleo de
Pesquisa Constitucionalismo
e Democracia: Filosofia e
Dogmática Constitucional
Contemporâneas do
Programa de Pós-
Graduação da Universidade
Federal do Paraná, Curitiba,
Paraná, Brasil. muniz.
lucashenrique@gmail.com

Recebido: março 2, 2017

Aceito: abril 23, 2017

Constitutional precedent and
political constitutionalism: a
comparative study of precedents
from the British constitution

RESUMO

O presente artigo analisa a perspectiva crítica do constitucionalismo político no Reino Unido e considera o papel dos precedentes enquanto fonte normativa. Busca-se fomentar a análise crítica do precedente constitucional no contexto brasileiro, assim como as repercussões institucionais que envolvem não só o Poder Judiciário, mas também o Legislativo e Executivo na definição e interpretação da Constituição. Argumenta-se por uma relação construtiva de direitos entre os poderes do Estado que tenha por base os valores democráticos que estão na raiz do sistema constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Direito Constitucional Comparado, Precedentes, Constitucionalismo Político, Reino Unido.

Abstract

This article analyzes the critical perspective of political constitutionalism in the United Kingdom and considers the role of precedents as a normative source. It seeks to promote a critical analysis of the constitutional precedent in the Brazilian context, as well as the institutional repercussions that involve not only the Judiciary

but also the Legislative and Executive Powers in the definition and interpretation of the Constitution. This paper argues in favor of a constructive relationship of rights between the branches of State power based on the democratic values that are at the heart of the Brazilian constitutional system.

Keywords: Comparative Constitutional Law, Precedents, Political Constitutionalism, United Kingdom.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 inaugura uma nova ordem política e normativa, em que sua função deixa de ser entendida como um mero documento de organização e distribuição dos poderes e competências do Estado, e passa a ser compreendida como um compromisso fundamental de uma comunidade, composta por pessoas que se regem pelo princípio da igualdade e liberdade, o que garante a sua centralidade na ordenação jurídica do Estado¹.

Neste sentido Barroso afirma que antes da promulgação da Constituição de 1988, observava-se uma indiferença frente à Constituição que permitia o distanciamento entre os seus preceitos normativos e a realidade fática, havendo “no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional”². Desta feita, após a promulgação da Constituição de 1988, desenvolveu-se uma doutrina da efetividade que tinha por objetivo atribuir normatividade plena à Constituição, dando-lhe aplicabilidade direta e imediata, além de contribuir para a ascensão do Poder Judiciário, que passou a ter a função de concretizar os valores e direitos constitucionais³.

Contudo, a visão estritamente jurídica da Constituição de 1988 impede o reconhecimento da importância central da política democrática na concretização da Constituição. Como se reconhece no Reino Unido, as questões constitucionais são intrinsecamente políticas, de forma que a definição de seu sentido depende de sua inserção em um ambiente democrático⁴. Por isso que, como indica Chueiri, “o discurso constitucional contemporâneo se afirma pela

¹ BARROSO, 2012, p. 28-29.

² BARROSO, 2015, p. 27.

³ CLÈVE, 2012, p. 53-70.

⁴ CHUEIRI, 2006, p. 161.

inexorabilidade dos compromissos republicanos e democráticos que estão na sua base”⁵.

Este caráter político da Constituição brasileira foi esvaziado pelo fortalecimento do Poder Judiciário, órgão competente para a realização da leitura moral da Constituição, o que desestabilizou a separação dos poderes como compreendido em um sistema jurídico romano-germânico⁶. Assim, o paradigma legalista foi superado e passou a se vincular a uma reinterpretação de todo o direito, pautado na consideração de normas principiológicas e a leitura moral da Constituição⁷. Portanto, o constitucionalismo contemporâneo se caracteriza pelo resgate da relação entre Direito e Moral, inerente ao movimento crítico filosófico do pós-positivismo, que reconhece a força normativa dos princípios jurídicos, assim como de sua importância na aplicação e fundamentação da Constituição⁸.

Isto implica uma concentração do poder no Judiciário, que passa a responder pela expectativa de que, por meio da aplicação das normas constitucionais, se realizem os objetivos emancipatórios previstos na Constituição⁹. A política democrática é, portanto, abandonada em detrimento dos juízes e Cortes que aplicarão e interpretarão a norma constitucional¹⁰ através da promulgação de precedentes, partindo da premissa de que a sua atuação concretiza valores constitucionais de forma inequívoca, sendo a sua decisão a última palavra sobre o significado da Constituição¹¹.

A partir da consideração do constitucionalismo político no Reino Unido, centralizado pelo princípio da Soberania do Parlamento, busca-se fundamentar que o precedente constitucional não dá a última palavra acerca da interpretação moral¹² da Constituição, sendo apenas a pronúncia do STF em um diálogo que deve envolver, necessariamente, o Poder Legislativo (responsabilizado pela legislação

⁵ *Ibid.*

⁶ SARMENTO & PEREIRA NETO, 2015, p. 78.

⁷ DWORKIN, 1999.

⁸ SOUZA NETO & SARMENTO, 2013, p. 202-203.

⁹ BRANDÃO, 2012, p. 138-139.

¹⁰ *Ibid.*, 140.

¹¹ BERCOVICI, 2008, p. 326.

¹² A leitura moral da Constituição se vincula a um modelo de constitucionalismo típico do *Common Law*, em que grandes alterações ao sistema constitucional são feitas pelo esforço hermenêutico da Suprema Corte na jurisdição constitucional. Neste sentido, DWORKIN, 1999; WALUCHOW, 2007; STRAUSS, 2010.

interpretada) e o Executivo, permitindo uma ressignificação do aspecto político inerente às Constituições, assim como um maior respeito aos preceitos democráticos inscritos na Carta de 1988.

Para tanto, primeiro analisar-se-á o paradigma constitucional do Reino Unido, verificando minuciosamente as discussões e embates doutrinários que envolvem a relação entre os precedentes (ou *common law*) e o direito criado sob a égide da Soberania do Parlamento, assim como a sua relação com o Direito Constitucional. O objeto da análise comparada se restringirá ao relacionamento entre o direito legislado e o direito criado no âmbito das Cortes, a partir de um recorte doutrinário que envolve os conceitos de constituição e a formação do Estado de Direito brasileiro e britânico. Após, partindo da crítica do constitucionalismo político britânico, será feita a análise do papel institucional dos precedentes no paradigma constitucional brasileiro.

2. CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO E JURÍDICO A PARTIR DA PERSPECTIVA BRITÂNICA

A natureza da Constituição britânica se vincula intimamente com o passado histórico da Grã-Bretanha. Em vista da ausência de rupturas políticas drásticas no momento revolucionário burguês, não houve nenhuma forma de acordo constitucional segundo as premissas do constitucionalismo moderno. Destarte, as formas jurídicas da Constituição continuaram a refletir um modelo medieval pautado na continuidade institucional, reiterando a existência de uma Constituição ordenada por práticas e costumes imemoriais¹³. Neste sentido, o constitucionalismo britânico se expressa através do gradual desenvolvimento de práticas e parâmetros de condutas.

Neste contexto, Dicey define que a Constituição britânica se vincula a três princípios: a soberania do Parlamento, o Estado de Direito, e as Convenções constitucionais¹⁴. As Convenções são definidas pelo autor como regras que explicitam a moralidade constitucional da sociedade britânica. Dessa forma, são normas não vinculantes, que se expressam por meio de entendimentos, hábitos e práticas que influenciam e regulam diversos aspectos da política constitu-

¹³ POCCOCK, 1987, p. 1-30.

¹⁴ GOLDSWORTHY, 1999, p. 9.

Assim, o direito constitucional no Reino Unido é permeado por um paradoxo, que se refere tanto ao caráter político da práxis constitucional, estabelecido por convenções, quanto ao aspecto jurídico das considerações inerentes ao Estado de Direito, estabelecido por precedentes.

cional e seus procedimentos, mesmo que não possam ser aplicadas pelas Cortes¹⁵.

O fato de a Constituição britânica não ser escrita permitiu o desenvolvimento de um apurado estudo acerca das fontes do direito constitucional britânico. Diferente de outros países, os estatutos do Parlamento não possuem hierarquias diferenciadas ao tratar de matérias constitucionais. Não há, portanto, nenhuma distinção entre normas constitucionais e normas ordinárias, sendo as primeiras identificadas somente pelo seu critério material e não formal¹⁶.

De acordo com Vick, há um consenso na doutrina de que as fontes constitucionais são os atos legislativos promulgados pelo Parlamento, princípios derivados do *common law*¹⁷ e as convenções constitucionais¹⁸. Logo, em que pese a Soberania do Parlamento, os precedentes do *common law* também são considerados enquanto fontes do direito constitucional britânico, compondo a sua Constituição.

Assim, o direito constitucional no Reino Unido é permeado por um paradoxo, que se refere tanto ao caráter político da *práxis* constitucional, estabelecido por convenções, quanto ao aspecto jurídico das considerações inerentes ao Estado de Direito¹⁹, estabelecido por precedentes. Isso se dá pela forma como é feita a distribuição dos poderes no Estado britânico. Como indica Vick²⁰, diferente do sistema de separação estrita dos poderes delineado por Montesquieu, o sistema de *checks and balances* que se desenvolveu no Reino Unido tem centralidade no Parlamento, mesmo que definindo obrigações e competências distintas ao Executivo e Legislativo. O Poder Legislativo é exercido conjuntamente entre os parlamentares eleitos pelo povo, na *House of Commons*, e os não eleitos, que herdam sua posição hereditariamente, ou são indicados pelo monarca, na *House of Lords*. O Poder Executivo não é exercido por

¹⁵ DICEY, 1996, p. 417.

¹⁶ BARBOZA, 2014, p. 25.

¹⁷ Note que, a expressão *common law* é utilizada na literatura para definir tanto a família jurídica do *Common Law*, em contraste com a família romano-germânica (também denominada *Civil Law*), quanto as normas jurídicas criadas no âmbito dos precedentes. Neste texto, a diferenciação entre os sentidos é feita de acordo com a estilização das palavras. A família jurídica do *Common Law* será sempre referenciada em letras maiúsculas, enquanto o direito criado no âmbito dos precedentes (*common law*) será indicado em letras minúsculas.

¹⁸ VICK, 2002, p. 337.

¹⁹ ALLAN, 2013, p. 1-9.

²⁰ VICK, 2002, p. 341-343.

indivíduos independentes do Parlamento, mas sim por seus membros, que juntos formam o Governo. O Judiciário se tornou recentemente único poder completamente desvinculado do Parlamento, porque até 2009, a *House of Lords* tinha competência jurisdicional e também criava precedentes enquanto última instância de apelação (*Appellate Committee of the House of Lords*)²¹.

Contudo, mesmo que possua autonomia funcional e seja independente de todos os outros órgãos do governo, as funções do Judiciário se mesclam com aquelas dos outros poderes tanto pela atividade criadora do direito pela formação de precedentes, quanto pela formação de normas que regulam seus próprios procedimentos.

Ademais, o paradoxo se estrutura entre a Democracia e o Estado de Direito, retomando a discussão da teoria constitucional acerca do constitucionalismo e da democracia no contexto britânico. Destarte, a discussão se remete a meios alternativos de estabelecimento dos princípios e características do constitucionalismo, se vinculando à supremacia do Parlamento e permitindo que este faça as últimas considerações e determinações acerca da coerência de seus atos com a Constituição.

A discussão se remete a duas concepções diferentes do constitucionalismo, quais sejam, a concepção jurídica e a política. A primeira enfatiza o papel do Judiciário em defender direitos liberais positivados, ou não, em um texto constitucional, enquanto que a última enaltece o processo político e dá ênfase à participação popular e ao voto majoritário no ordenamento jurídico. Dessa forma, se o conteúdo dos direitos fundamentais é controverso, de acordo com o constitucionalismo político se prevê que cabe ao povo a definição da disputa política acerca a definição dos direitos, por meio de representantes eleitos democraticamente²². No Reino Unido, a ideia do constitucionalismo político surgiu tanto pela consideração central

²¹ Partindo da premissa da unidade das funções do Estado medieval inglês, Jeffrey Goldsworthy indica que tampouco as Cortes eram desvinculadas do Parlamento. Afirma o autor que os poderes do conselho real, das Cortes, e do Parlamento não eram distintos porque todos se remetiam a autoridade do Rei. Dessa forma, as instituições participavam em atividades legislativas e adjudicantes, assim como realizavam interpretações dos textos jurídicos. Inclusive, as Cortes muitas vezes legislavam e sua interpretação dos Estatutos era praticamente considerada legislação. Esta concentração dos poderes no Parlamento se manteve até o início do século XXI, quando a House of Lords perdeu sua função de Corte de vértice do Poder Judiciário, sendo esta competência transferida para uma recém estabelecida Suprema Corte. GOLDSWORTHY, 1999, p. 45.

²² ALLAN, 2013, p. 2.

do princípio da soberania do Parlamento, como pela extrema desconfiança política depositada nas Cortes, sendo presumido o conservadorismo dos magistrados²³.

Em contrapartida, a consideração jurídica do constitucionalismo se vincula ao conceito do constitucionalismo de *common law* e tem por base os princípios inerentes à doutrina do *stare decisis* e à relação entre o direito estatutário e os precedentes formados nas Cortes do Judiciário. Em que pese a Constituição Britânica não ser escrita, a consideração de uma forma constitucional pautada no direito está adstrita aos princípios do constitucionalismo liberal, o que permite a sobreposição das Cortes e do Judiciário na defesa de direitos e garantias liberais²⁴. Isto pois, como indica Allan, cartas de direitos e constituições escritas fortificam o *rule of law*, porém não definem todo o conteúdo do direito a ser aplicado pelo Judiciário, uma vez que muitos princípios jurídicos inerentes ao constitucionalismo são anteriores à sua positivação²⁵.

A controvérsia acerca da relação entre o *common law* e o direito legislado transcende a questão interpretativa. O princípio da Soberania do Parlamento determina que a legislação é superior ao *common law*, uma vez que através de seus estatutos o Parlamento pode revogar qualquer precedente. Contudo, a teoria do constitucionalismo de *common law* afirma que a Constituição não escrita do Reino Unido decorre de princípios formados pelos precedentes das Cortes, logo a autoridade do Parlamento é mitigada uma vez que se afirma que ela deriva do *common law*²⁶. Nesse sentido indica Allan²⁷ ao afirmar categoricamente que o *common law* define e regula o princípio da soberania do Parlamento, podendo ampliar ou restringir a sua incidência de acordo com os casos concretos trazidos ao Judiciário.

A consideração jurídica do constitucionalismo britânico, portanto, compreende o princípio da Soberania do Parlamento como uma invenção dos juízes ao aplicarem os precedentes²⁸. Daí a possibilidade de o Judiciário remodelar e interpretar criativamente o direito

²³ WALDRON, 1999, p. 3-5.

²⁴ ALLAN, 2009, p. 4.

²⁵ *Ibid.*, p.17. No mesmo sentido, BARBOZA, 2014, p. 159.

²⁶ GOLDSWORTHY, 2010, p. 15-16.

²⁷ ALLAN, 2001, p. 139, 271

²⁸ STREET, 2013, p. 18-19.

estatutário criado no âmbito do Poder Legislativo, assim como a própria Soberania do Parlamento, considerando princípios que se vinculam ao Estado de Direito e aos princípios do *common law*²⁹.

Em contrapartida, a concepção do constitucionalismo político se vincula com o movimento do fim do século XX e início do século XXI que buscava uma readequação da Supremacia do Parlamento e o constitucionalismo³⁰. Para tanto, buscou-se repensar o modelo de constitucionalismo pautado em uma posição central do *common law* e das Cortes, fazendo-se uma retomada ao princípio republicano e democrático³¹.

Richard Bellamy sustenta que o constitucionalismo político visa aos mesmos objetivos e ideais defendidos por uma teoria de constitucionalismo jurídico, quais sejam, direitos individuais, democracia e estado de direito³². A defesa destes ideais, contudo, se dá sob o enfoque da legitimidade do processo legislativo que define a promoção ou restrição de direitos, considerando os desacordos que envolvem a substância dos valores constitucionais. Para Bellamy, ignorar desacordos morais acerca dos valores constitucionais, sem a criação de mecanismos políticos que absorvam a disputa, implicaria em arbitrariedade que não condiz com o Estado de Direito³³.

Ainda, Bellamy indica que as tentativas de despolitização dos direitos partem de premissas equivocadas quanto a sua natureza. O autor sustenta que para que direitos sejam retirados do espaço político, eles devem ter o apoio incondicional da sociedade civil e de suas instituições, fruto de uma convergência da moralidade política que indique o mesmo bem jurídico tutelado pelo direito fundamental³⁴. Contudo, a indeterminação dos direitos impede uma completa convergência de interesses e entendimentos, refletindo a sua natureza

²⁹ LOUGHLIN, 1992, p. 151 e ss. Ainda, o constitucionalismo jurídico estabelece que o princípio da soberania do Parlamento é incompatível com o princípio do *rule of law*. Isto porque a soberania do Parlamento parte de considerações absolutistas do poder monárquico, excluindo qualquer limite jurídico para sua atuação política.

³⁰ TUSHNET, 2014, p. 44.

³¹ Quanto ao princípio republicano e a crítica do constitucionalismo político no Reino Unido ver: TOMKINS, 2005.

³² BELLAMY, 2007, p. 145.

³³ *Ibid.*

³⁴ BELLAMY, 2007, p. 148.

política³⁵. Portanto, os desacordos morais acerca do conteúdo dos direitos se vinculam às divisões políticas da sociedade e devem assim ser consideradas e inseridas no debate público.

Desta forma, a doutrina do constitucionalismo político parte da premissa de que tudo na vida social se relaciona com a esfera política dos indivíduos em sociedade. Assim, o princípio da liberdade excede a perspectiva liberal, que o define como uma não interferência do Estado, e se vincula a uma perspectiva republicana, em que a liberdade é exercida somente quando não houver dominação, sendo a política inerente a qualquer decisão que envolva direitos fundamentais³⁶.

Nesta mesma linha segue Goldsworthy, ao defender que o princípio do Estado de Direito não é incongruente com a supremacia do Parlamento, e por isso não pode ser superior a ele, uma vez que o *rule of law* é na verdade um ideal político, que não deriva do *common law* como defendido pelos doutrinadores do constitucionalismo jurídico³⁷.

Destarte, definir a Constituição britânica como política implica a afirmação de que o Parlamento é ilimitado pelo direito, mas convive com limitações das forças políticas que envolvem o exercício de seu poder. Neste sentido, indica Oliver ao afirmar que o exercício de muitos poderes do Estado é regulado pela política, pelos procedimentos, pelos valores políticos, e pelas relações entre parlamentares, partidos e o povo³⁸.

Esta premissa tem por base a crítica de Griffith acerca da possibilidade de adoção de Cartas de Direitos para a defesa de direitos fundamentais através da imposição de limites judicialmente postos ao Poder Legislativo. Griffith rejeita a análise constitucional que tem por foco o conceito de direitos fundamentais, como algo posto, uma vez que entende que estes direitos são na verdade reivindicações políticas de determinados indivíduos e grupos sociais³⁹. Ainda, o autor defende que o direito não está desvinculado da política, assim

³⁵ Dessa forma, Bellamy repudia a perspectiva de direitos fundamentais como direitos naturais, uma vez que de acordo com o autor esta perspectiva se vincula com decisões morais acerca dos traços fundamentais da humanidade. Habermas indica que se trata, na verdade, de um problema inerente à modernidade, caracterizada por um irreduzível pluralismo entre as diferentes concepções de bem na sociedade. KOZICKI, 2005, p.46.

³⁶ BELLAMY, 2007, p. 159.

³⁷ GOLDSWORTHY, 2010, p. 58.

³⁸ OLIVER & FUSARO, 2011, p. 332.

³⁹ GRIFFITH, 1979, p. 17.

A perspectiva do constitucionalismo político, contudo, não afastou a importância dos precedentes e do *common law* para o ordenamento jurídico britânico.

como não é superior a ela, se tratando somente uma das diversas formas do discurso político⁴⁰.

Dessa forma, o autor entende que a adjudicação de reivindicações políticas transfere o poder decisório político para os juízes, transformando a disputa política em uma disputa do significado jurídico dos termos que positivam os direitos fundamentais, que será resolvida somente por juízes⁴¹. A problemática dessa transferência se relaciona com o *accountability* político destas decisões, uma vez que juízes não respondem por suas decisões políticas da mesma forma que parlamentares⁴².

A perspectiva do constitucionalismo político, contudo, não afastou a importância dos precedentes e do *common law* para o ordenamento jurídico britânico. A readequação dos precedentes se deu pelo mecanismo de controle de constitucionalidade fraco previsto no *Human Rights Act*, que define a possibilidade de que a Suprema Corte declare a incompatibilidade de um ato parlamentar com os direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Dessa forma, o balanço entre o Parlamento soberano, e os precedentes, se dá por meio de um diálogo institucional que leva em conta o Estado de Direito, o *accountability* político-democrático e as premissas do constitucionalismo político.

3. OS PRECEDENTES (COMMON LAW) E A SUA RELAÇÃO INSTITUCIONAL COM O PARLAMENTO

Indica Vick que o *Human Rights Act* alterou a relação entre Parlamento e o Judiciário, através de três mudanças substanciais. Primeiro, o ato impõe a obrigação do Executivo analisar suas propostas legislativas à luz da Convenção Europeia, devendo ser declarada a sua compatibilidade com a legislação internacional. Segundo, a Seção 3 da legislação prevê que ao aplicar qualquer legislação parlamentar, as Cortes devem interpretá-las em consonância com os direitos fundamentais implementados, sendo afastada uma interpretação cognitivista do texto legal em detrimento de uma

40 *Ibid.*, p. 16.

41 *Idem.*

42 Isto porque o constitucionalismo político tem por base o princípio republicano, que por sua vez, se vincula com o ideal do *accountability* das decisões políticas tomadas pelos representantes do povo. Nesse sentido: TOMKINS, 2005, p. 64-65.

interpretação construtiva de direitos⁴³. Dessa forma, mesmo que o Legislativo promulgue normas que desconsideram os direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Judiciário terá que exercer uma interpretação conforme a estes direitos no momento da aplicação de seus princípios.

Por fim, a Seção 4⁴⁴ do *Human Rights Act* permite que determinadas Cortes de vértice do Judiciário emitam uma declaração de incompatibilidade da legislação em face da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Dessa forma, se um Ato do Parlamento for considerado incompatível com um *Convention Right*, a declaração não altera a validade e eficácia do ato, sendo a decisão transferida ao Poder Executivo, que decidirá se retificará a legislação⁴⁵.

Dessa forma, mesmo não estabelecendo um controle de constitucionalidade (ou convencionalidade), o *Human Rights Act* amplia o poder do Judiciário no que tange a aplicação e consubstanciação de direitos fundamentais no direito britânico, alterando o paradigma da supremacia do Parlamento. Assim, o trabalho das Cortes, ao introduzirem os direitos da Convenção Europeia e exercerem suas funções, estabelece um diálogo com as outras instituições do ordenamento, assim como com a sociedade civil, acerca dos direitos fundamentais em pauta. Esta perspectiva dialógica entre o Parlamento e o Poder Judiciário evidencia um modo diferente de se consubstanciar a relação entre direito e política.

Por fim, deve-se destacar também que o Reino Unido já possuía um precedente que delineava a relação colaborativa entre o Judiciário e o Legislativo na criação do direito. A *House of Lords*, à época, Corte de vértice do sistema britânico, revogou a decisão da Corte de Apelação no caso *McLoughlin v. O'Brian*, em 1983, e dessa forma estabeleceu o precedente que definia a divisão da competência de se criar o direito.

O caso tratava de um pedido de indenização por danos psicológicos causados por estresse pós-traumático, que se desenvolveu após a requerente (*McLoughlin*) descobrir que seu marido e filhos tinham

⁴³ VICK, 2002, p. 355.

⁴⁴ Section 4(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility. (...) (6) A declaration under this section ("a declaration of incompatibility") (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made.

⁴⁵ VICK, 2002, p. 356.

se envolvido em um acidente de trânsito. Em primeira instância o pedido foi indeferido, tendo a corte indicado que o réu não tinha dever de cuidado estendido à autora uma vez que ela não se encontrava no local do acidente, não havendo, portanto, previsibilidade do dano causado. A Corte de Apelações manteve a decisão, mas divergiu em seus fundamentos, indicando que o dever de cuidado se estendia às vítimas que não estivessem diretamente vinculadas ao acidente, e que havia sim a previsibilidade do estresse pós-traumático pelos familiares próximos à vítima. A reparação seria indevida somente por questões de política e alocação de recursos, tendo a Corte considerado que o reconhecimento deste dever de reparação estabeleceria uma proliferação de pedidos similares, criando uma indústria de advogados e psiquiatras pedindo reparações por danos psicológicos.

Todavia, a *House of Lords* se pronunciou de forma contrária à Corte de Apelação porque entendeu que sua função seria a de analisar os fatos a partir dos princípios envolvidos ao caso, desconsiderando argumentos políticos e utilitaristas que se vinculavam a outras esferas do Estado. Dessa forma, determinou que a reparação era devida, ao passo que estabeleceu um princípio estruturante do *common law* inglês, qual seja, a concepção de que a sua função é o desenvolvimento e a formulação de princípios na aplicação do direito. Como indicou *Lord Scarman*:

Here lies the true role of the two law-making institutions in our constitution. By concentrating on principle the judges can keep the common law alive, flexible and consistent, and can keep the legal system clear of policy problems which neither they, nor the forensic process which it is their duty to operate, are equipped to resolve. If principle leads to results which are thought to be socially unacceptable, Parliament can legislate to draw a line or map out a new path. The real risk to the common law is not its movement to cover new situations and new knowledge but lest it should stand still, halted by a conservative judicial approach. If that should happen, and since the 1966 Practice Direction of the House it has become less likely, there would be a danger of the law becoming irrelevant to the consideration, and inept in its treatment, of modern social problems. Justice would be defeated. The common law has, however, avoided this catastrophe by the flexibility given it by generations of judges. Flexibility carries with it, of course, certain risks, notably a degree of

uncertainty in the law and the “floodgates” risk which so impressed the Court of Appeal in the present case⁴⁶.

Assim, o direito criado pelas Cortes tem como princípio norteador a integridade, em que se concebe que o direito não possui lacunas normativas de atuação, devendo os juízes adaptarem, estenderem e até criarem princípios normativos para a solução dos casos trazidos à corte⁴⁷. Dessa forma, a relação entre o Poder Legislativo e Judiciário na criação do direito remonta a diferenciação entre princípios e políticas⁴⁸, devendo as considerações de política serem conduzidas pelo Parlamento e o Poder Executivo.

Destarte, o Judiciário declara a sua compreensão e interpretação da Constituição com base em princípios, podendo o Poder Legislativo discordar da opinião e exercer um controle político da decisão tomada. Este modelo tem como grande exemplo a Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, promulgada em 1982. Como indica Hogg, o diálogo entre a Suprema Corte do Canadá e o Poder Legislativo se estabelece quando uma decisão judicial pode ser modificada ou ignorada pelo órgão legislativo, causando um debate público acerca dos valores da Carta de Direitos⁴⁹. Isto se dá pela previsão do artigo 33 da Carta, conhecida como cláusula “não obstante” (*Notwithstanding Clause*)⁵⁰ que prevê a possibilidade do Poder Legislativo aprovar, por maioria qualificada, uma lei que, não obstante a Carta, contradizem com a declaração e seus direitos, assim como a pronúncia do Judiciário acerca de sua substância e extensão⁵¹.

⁴⁶ REINO UNIDO. Appellate Committee of The House Of Lords. ICLR. Apelante: McLoughlin. Apelado: O'Brian. Relator: Lord Wilberforce. *Appeal Cases Law Reports*. Londres. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1982/3.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

⁴⁷ GEAREY & MORRISON & JAGO, 2013, p. 138.

⁴⁸ DWORKIN, 1977, p.22-28

⁴⁹ HOGG & BUSHHELL, 1997, p. 82.

⁵⁰ Dispõe a seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá: “Exception where express declaration 33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. Operation of exception (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. Five years limitation (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. Reenactment (4) Parliament or a legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). Five year limitation (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)”.

⁵¹ Para uma análise crítica do modelo canadense de controle fraco de constitucionalidade, cf. BERMAN, 2010.

No Brasil, a valorização da jurisprudência se deu por um longo período e ainda vinculado a uma perspectiva legalista do direito. Dessa forma, instrumentos processuais que davam azo às pronúncias da Corte, consideravam a jurisprudência do STF e dos tribunais, e não os precedentes decididos por meio dos casos concretos.

Trata-se de um controle político do Legislativo sobre as decisões principiológicas tomadas pelo Judiciário, o que contribui para o exercício da competência legislativa de elaboração de políticas públicas⁵². Dessa forma, os poderes políticos conseguem exercer suas competências e concretizar os valores e promessas constitucionais observando os julgamentos e decisões do Poder Judiciário com base em princípios, havendo um diálogo entre a articulação das políticas com as questões de princípio decididas pelas Cortes.

4. O PRECEDENTE CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA BRASILEIRA: O QUE PODEMOS ABSORVER DA COMPARAÇÃO COM O CONSTITUCIONALISMO BRITÂNICO?

A partir da análise do constitucionalismo político britânico, assim como a estruturação de um controle de constitucionalidade fraco, que tem por base o estabelecimento de um diálogo institucional construtivo de direitos e do significado da Constituição, podemos analisar criticamente a atuação do Supremo Tribunal Federal no paradigma constitucional brasileiro, assim como se tem percebido a natureza jurídica dos precedentes constitucionais.

No Brasil, a valorização da jurisprudência se deu por um longo período e ainda vinculado a uma perspectiva legalista do direito. Dessa forma, instrumentos processuais que davam azo às pronúncias da Corte, consideravam a jurisprudência do STF e dos tribunais, e não os precedentes decididos por meio dos casos concretos. A segurança jurídica seria protegida pela estabilidade da jurisprudência, de acordo com cada tribunal.

O Código de Processo Civil de 2015 alterou o paradigma do processo civil brasileiro, reconhecendo o caráter argumentativo da adjudicação e estabelecendo previsões normativas acerca dos precedentes judiciais. Com o intuito de atribuir maior eficiência, celeridade e coerência ao processo, o Código disciplina o dever de motivação das decisões judiciais, considerando o ônus argumentativo do juiz ao aplicar o direito⁵³, assim como torna obrigatório o confronto de todos os argumentos mencionados pelas partes, produzindo um discurso de

⁵² BATEUP, 2006, p. 1151.

⁵³ BUSTAMANTE, 2013, p. 360.

aplicação sobre o precedente judicial baseado na individualização de casos concretos. Também, o art. 926 do diploma legal prevê o dever de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência, prevendo a possibilidade de modulação de efeitos em caso de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores.

Contudo, a inserção dos precedentes ao direito brasileiro se deu de forma distanciada da própria racionalidade da doutrina do *stare decisis*, consubstanciando em uma falta de racionalidade no momento da aplicação dos precedentes judiciais, assim como em sua fundamentação. Dessa forma, a valorização da jurisprudência e do precedente culminaram em uma ampliação do poder das Cortes para definir e criarem direitos, sem que estes fossem reconhecidos em outros âmbitos democráticos e pela sociedade civil⁵⁴. Os desacordos morais acerca da substância e extensão de diversos direitos fundamentais passaram, então, a ser solucionados somente pela atividade da Corte, através de um modelo que preza pela leitura moral da Constituição pelo Judiciário⁵⁵, sem o devido aparato lógico-argumentativo que permita a consagração dos princípios da segurança jurídica, previsibilidade e certeza do direito.

Isto pois, a deliberação interna do STF impossibilita a cognição de precedentes e sua *ratio decidendi*. Como indica RODRIGUEZ, a racionalidade jurisdicional no Brasil está dominada por um modelo de jurisdição opinativa, em que a Corte decide pela utilização de argumentos de autoridade (extraídos analogicamente pela interpretação de leis, doutrina e jurisprudência), ao invés de estabelecer um modelo de argumentação racional⁵⁶.

A legitimidade da jurisdição se vincula ao funcionamento institucional do Poder Judiciário como um todo, a partir de uma personalidade dos juízes. Dessa forma, em cada caso os ministros do STF buscam somente dar uma justificação à decisão tomada, sem buscar a melhor resposta através da deliberação e utilização de um raciocínio sistemático⁵⁷. Em contrapartida, a argumentação por racionalidade é marcada pela preocupação dos ministros em uma possível

⁵⁴ VIEIRA, 2008, p. 443-444.

⁵⁵ Cf. WALUCHOW, 2007 & STRAUSS, David A, 2010.

⁵⁶ RODRIGUEZ, 2013, p. 51.

⁵⁷ *Ibid.* Rodriguez pressupõe que parte da problemática se vincula também com o aspecto público das deliberações da corte. No mesmo sentido, SILVA, 2013, p. 580-583.

generalização da decisão para casos futuros, assim como pela formação de padrões decisórios positivados pelas atividades dos tribunais. Dessa forma, a decisão passa a ser de responsabilidade da instituição, e não da autoridade individual de seus membros.

As Cortes brasileiras, contudo, não se reúnem para redigir uma decisão ordenada em um texto coerente, acompanhada dos eventuais votos dissidentes, e somente publicam a mera transcrição dos votos de cada ministro, através da aglutinação de suas justificações que se agregam ao resultado final em um julgamento⁵⁸.

Dessa forma, não há a formação de uma decisão coletiva, somente uma votação por maioria, até mesmo nos casos em que o julgamento é unânime. Isto implica “um manancial de argumentos, doutrinadores, leis, casos etc., que torna praticamente impossível reconstruir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada”⁵⁹. Assim, dificulta-se a análise do princípio de direito inerente ao precedente vinculante do STF, uma vez que uma pluralidade de fundamentos muitas vezes não significa uma posição consolidada da corte em referência a substância e extensão de um princípio normativo.

Todavia, esta expectativa não significa que a decisão do Supremo deva ser una. Como indica Silva, a forma de decisão em Cortes colegiadas pode se assentar na deliberação, na agregação ou na barganha entre os juízes⁶⁰. A busca pelo consenso, inerente a uma corte colegiada que entrega a decisão da corte, ao invés das opiniões e decisões de seus membros, muitas vezes pode gerar acórdãos baseados não na deliberação entre os juízes, mas em trocas políticas e barganhas. Destarte, mesmo que a *ratio decidendi* do precedente possua uma integridade de fundamentos e considerações sobre os fatos e princípios relativos ao caso concreto, o ordenamento jurídico e a segurança jurídica do sistema ainda restam debilitados uma vez que o caso foi tratado sob interesses e fundamentos políticos dos magistrados no momento deliberativo.

A jurisdição constitucional exercida no STF não pode desconsiderar as repercussões sociais que pode causar, assim como a possibilidade de sua decisão ser alterada no ordenamento jurídico por propo-

⁵⁸ SILVA, 2013, p. 565-567.

⁵⁹ RODRIGUEZ, 2013, p. 70.

⁶⁰ SILVA, 2013.

sições legislativas posteriores. A relação entre as Cortes e o Poder Legislativo deve levar em conta que ambos os poderes atuam como definidores de direitos no ordenamento jurídico, sendo imprescindível que a justificação de suas decisões possa ser retomada e sope-sada de forma argumentativa.

A desconsideração dessa relação interinstitucional impede a tutela da segurança jurídica no sistema, gerando incoerências e instabilidades na aplicação e definição de direitos fundamentais. Enquanto a corte atua sob a premissa de último interlocutor da moralidade política da sociedade, os desacordos morais acerca da substância e extensão dos direitos se mantêm na sociedade civil e no Poder Legislativo, o que repercute na continuidade da discussão em diferentes termos⁶¹.

Dessa forma indica Klarman⁶² ao analisar o fenômeno do *backlash* nas atuações da Suprema Corte norte-americana ao defender direitos referentes ao casamento e uniões homoafetivas. Indica o autor que as decisões da Suprema Corte muitas vezes reacendem o debate público acerca dos direitos fundamentais inerentes aos casos analisados, forçando o Poder Legislativo a reconhecer mudanças sociais. Assim, o *backlash* ocorre quando a posição minoritária adotada pela Corte é rebatida por um grupo politicamente ativo e organizado⁶³, que busca revogar a decisão ou alterar a interpretação constitucional da Corte que resolveu a questão.

Destarte, a Suprema Corte se insere em um diálogo político, apresentando razões e defendendo teses a partir de sua leitura da moralidade política da sociedade. Isso se dá, inclusive, a contento da opinião pública, o que enseja uma maior repercussão negativa da jurisdição constitucional. Nos Estados Unidos, um exemplo destes efeitos negativos se deu pela estruturação de movimentos políticos contrários à legalização do aborto, logo após a decisão da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*⁶⁴, assim como a recepção sulista da decisão do caso *Brown v. Board of Education*.

⁶¹ MENDES, 2011, p. 171-172.

⁶² KLARMAN, 2014.

⁶³ *Ibid.*, p. 20.

⁶⁴ POST & SIEGEL, 2007.

Not only do court decisions make people aware of previously unnoticed social change and force politicians to take positions on issues that they have previously ducked, but they also impose substantive resolutions of policy issues that may be very different from those supported by most voters⁶⁵.

Em contrapartida, Sunstein define o *backlash* não só como qualquer reação social às decisões da corte, mas como a “intensa reprovação pública de uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a essa decisão e remover sua força jurídica”⁶⁶. Isso é o que ocorre no paradigma brasileiro, em que a repercussão política da atuação jurisdicional da defesa de direitos não se estrutura de forma adequada, uma vez que nega completamente a decisão da corte e não dialoga com as razões apresentadas pela instituição. Assim, à medida que judicialmente se reconheça certas extensões de um princípio ou direito fundamental, a sociedade civil, o Poder Executivo e Legislativo podem demonstrar resistência à decisão e gerar grande instabilidade e segurança jurídica no ordenamento jurídico.

O precedente constitucional brasileiro, ao invés de promover a segurança jurídica e a integridade do direito, dando a suposta última palavra acerca da extensão e substância de direitos fundamentais apenas incita uma reação política contrária à sua interpretação e pouco construtiva para a solução dos desacordos morais inerentes aos direitos constitucionalmente positivados.

Um exemplo disto se remete ao reconhecimento da união estável de casais homoafetivos pelo STF, sua conversão em casamento, e as propostas legislativas levadas à cabo pela bancada evangélica no Congresso Nacional. Até o julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, inexistia no ordenamento jurídico brasileiro norma expressa que regesse a situação das uniões homoafetivas. O texto da Constituição faz menção ao reconhecimento de uniões estáveis entre homem e mulher (art. 226, § 3º), assim como a legislação infraconstitucional (art. 1.723 do Código Civil). Diante desta falta de regulação, a

⁶⁵ KLARMAN, 2014, p. 166. Em trad. livre: “As decisões da corte não só tornam as pessoas conscientes das mudanças sociais e forçam políticos a tomarem posições em questões que eles tinham previamente evitado, mas também impõe resoluções substanciais em questões políticas, que podem ser diferentes daquelas apoiadas pela maioria dos eleitores”.

⁶⁶ SUNSTEIN, 2007, p. 435.

jurisprudência passou a aplicar a súmula 380/STF⁶⁷, que constituía as relações enquanto sociedades de fato, com o intuito de garantir a proteção dos indivíduos em união.

Em vista do princípio da pluralidade de entidades familiares, e pela incidência do princípio da igualdade em um novo paradigma do Direito Civil pátrio, passou-se a ser feita uma analogia das relações homoafetivas com a união estável, dando-lhe a categorização de entidade familiar. Desta feita, o STF consolidou o entendimento de que a Constituição deveria ser interpretada de forma a garantir a máxima expressão de seus princípios, quais sejam, o da igualdade e da dignidade humana, reconhecendo a união estável homoafetiva no ordenamento pátrio.

Ato seguinte, o CNJ promulgou a resolução nº 173/2013, determinando a obrigatoriedade de as autoridades competentes da Administração Pública realizarem casamentos civis, ou converterem uniões estáveis em casamento, entre pessoas do mesmo sexo, respeitado o período legal estabelecido pelo Código Civil para as uniões estáveis. Contudo, na sociedade civil a questão ainda estava em debate controverso. Em razão disso, a complexidade dos desacordos morais se transpôs para o Poder Legislativo, onde predomina o entendimento religioso de que a homossexualidade é contra as leis da natureza, condenado na bíblia e que, portanto, não deve ser protegida juridicamente⁶⁸.

Dessa forma, em outubro de 2015 foi aprovado na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 6583/2013, conhecido como Estatuto da Família. Desconsiderando o precedente da corte em sua integridade, o projeto define a família como a união entre homem e mulher, constituída pelo casamento ou por união estável, instituindo diversas previsões polêmicas como a instituição do direito dos pais definirem a educação moral, sexual e religiosa de seus filhos, em detrimento do direito à informação e de outros princípios que definem a dignidade da pessoa humana.

Fica evidente que o precedente constitucional brasileiro, ao invés de promover a segurança jurídica e a integridade do direito, dando

⁶⁷ O enunciado da súmula estabelece: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Sobre o tema, conferir: LÔBO, 2002.

⁶⁸ BARROSO, 2014, p. 54.

a suposta última palavra acerca da extensão e substância de direitos fundamentais (no caso da ADI 4277, a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade), apenas incita uma reação política contrária à sua interpretação e pouco construtiva para a solução dos desacordos morais inerentes aos direitos constitucionalmente positivados. Isto pois, ambos os poderes partem de premissas diametralmente opostas, sendo o precedente constitucional constituído por uma pluralidade de justificações e argumentos de autoridade que tornam quase impossível a definição da sua racionalidade⁶⁹, o que dificulta o diálogo. Não se trata, portanto, de impedir que o Poder Legislativo reanalise a interpretação constitucional elaborada no âmbito do Poder Judiciário, mas que sejam definidas formas para que a sua revisão ou alteração da decisão da Corte se dê de forma íntegra com os argumentos lá formulados, inclusive no momento de sua superação.

Pela forma que se dá a deliberação interna do STF, e a fundamentação de seus precedentes, mesmo que o Poder Legislativo retomasse a discussão a partir dos argumentos de racionalidade expostos pela corte, o diálogo não se estabeleceria de forma coerente, uma vez que a jurisdição constitucional brasileira mantém um paradigma de justiça opinativa, com múltiplas fundamentações e justificações sem a elaboração de uma decisão institucional da corte. Dessa forma, a relação entre o Poder Judiciário e o Legislativo, no que tange à criação e definição do direito, se torna combativa ao invés de construtiva, impedindo a consagração do Estado de Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como analisado, a cultura jurídica do Reino Unido preza pela natureza político-jurídica de sua Constituição, em que a centralidade do Parlamento e da determinação política de diversos aspectos do direito britânico não condiciona a independência do Poder Judiciário para defender direitos liberais positivados, ou não, no direito estatutário. Dessa forma, o Poder Judiciário e Legislativo se relacionam de forma construtiva na definição e criação do direito, cabendo ao primeiro dar sentido e substância a princípios jurídicos, enquanto

⁶⁹ No caso, o STF decidiu de forma unânime pelo reconhecimento da união de casais homoafetivos, contudo, apresentou 8 fundamentações diferenciadas que não tinham por base o mesmo raciocínio argumentativo. No mesmo sentido, RODRIGUEZ, 2013, p. 70.

que ao segundo cabe a parametrização destes princípios com as políticas públicas e outras formas de atuação estatal⁷⁰.

No Brasil, o paradigma instaurado pela Constituição de 1988 influenciou o crescimento do Poder Judiciário na sistemática de pesos e contrapesos dos poderes do Estado, ao inaugurar uma ordem política e normativa em que a norma constitucional se estabeleceu como um compromisso fundamental da comunidade. Dessa forma, a perspectiva meramente normativa da Constituição repercutiu no esvaziamento do caráter político da Constituição, excluindo a política democrática da interpretação constitucional⁷¹. Isto impede a concretização dos princípios e objetivos inscritos na Constituição, que dependem necessariamente de um ambiente democrático para se definirem.

Destarte, conclui-se que o precedente constitucional brasileiro, ao invés de promover a segurança jurídica e a integridade do direito, dando a suposta última palavra acerca da extensão e substância de direitos fundamentais apenas incita uma reação política contrária à sua interpretação e pouco construtiva para a solução dos desacordos morais inerentes aos direitos constitucionalmente positivados. Ambos os poderes partem de premissas diametralmente opostas, sendo o precedente constitucional constituído por uma pluralidade de justificações e argumentos de autoridade o que impede o diálogo pela ausência de uma argumentação estruturada a partir de uma racionalidade.

Portanto, o precedente constitucional deve ser analisado holisticamente, reconhecendo-se que ao tratarem de direitos fundamentais e de previsões genéricas e principiológicas da Constituição se inserem em um cenário que excede às Cortes, remetendo também a valores constitucionais intrinsecamente políticos.

⁷⁰ REINO UNIDO. Appellate Committee of The House Of Lords. ICLR. Apelante: McLoughlin. Apelado: O'Brian. Relator: Lord Wilberforce. *Appeal Cases Law Reports*. Londres. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1982/3.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

⁷¹ BRANDÃO, 2012, p. 138-139.

REFERÊNCIAS

ALLAN, Trevor R. S. *Constitutional Justice: A Liberal theory of the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. In defence of the common law constitution: unwritten rights as fundamental law. *LSE Legal Studies Working Paper*, n. 5, 2009, p. 1-19.

_____. *The sovereignty of law: freedom, constitution and common law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. Curitiba: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; NERO, Patrícia Aurélia del. (Orgs.). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*. Viçosa: Editora UFV, 2014.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, 2015, p. 24-50.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, Nova York, v. 71, n. 3, 2006. p. 1109-1180.

BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, P. D. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2008.

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

BERMAN, José Guilherme. Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade. *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 7, n. 31, 2010, p. 25-57,

BUSTAMANTE, Thomas. Súmulas, praticidade e justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COELHO,

Sacha Calmon N.. *Estudos em homenagem a Misabel de Abreu Machado Derzi*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CHUEIRI, Vera K. D. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, R. M. *Direito e Discurso*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

CLÈVE, Clemerson. M. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DICEY, Albert V. *An introduction to the study of the law of the constitution*. Londres: Macmillan, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Nova York: Oxford University Press, 1999.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

GEAREY, Adam; MORRISON, Wayne; JAGO, Robert. *The politics of the common law: Perspectives, Rights, Processes, Institutions*. 2 ed. ed. Londres: Routledge, 2013.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. *The sovereignty of parliament: history and philosophy*. Nova York: Oxford University Press, 1999.

_____. *Parliamentary sovereignty: contemporary debates*. Nova York: Cambridge University Press, 2010.

GRIFFITH, John A. G. The political constitution. *The Modern Law Review*, Oxford, v. 42, n. 1, 1979, p. 1-21.

_____. The common law and the political constitution. *Law Quarterly Review*, Londres, v. 117, n. 42, 2001, p. 42-67.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, n. 11997, p. 75-124.

KLARMAN, M. J. *From the closet to the altar: courts, backlash, and the struggle for same sex marriage*. New York: Oxford University Press, 2014.

KOZICKI, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 41, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.3, n. 12, p. 44, 2002.

LOUGHLIN, Martin. *Public Law and political theory*. Nova York: Oxford University Press, 1992.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação dos poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- OLIVER, Dawn; FUSARO, Carlo. *How constitutions change: a comparative study*. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- POCOCK, John G. A. *The ancient constitution and the feudal law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.
- POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, Cambridge, v. 42, n. 2, 2007. p. 373-434.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. São Paulo: Editora FGV, 2013.
- SARMENTO, Daniel; PEREIRA NETO, Cláudio D. S. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 73-114.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, 2013, p. 557-584.
- SOUZA NETO, Cádio P. D.; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- STRAUSS, David A. *The living constitution*. Nova York: Oxford University Press, 2010.
- STREET, Amy. *Judicial review and the rule of law: who is in control?* London: The Constitution Society, 2013.
- SUNSTEIN, Cass. R. Backlash's Travels. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge, v. 42, n. 2, 2007. 435-449.
- TOMKINS, Adam. *Our republican constitution*. Oxford: Hart Publishing, 2005.
- TUSHNET, Mark. *Advanced introduction to comparative constitutional law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014.
- VICK, D. W. The Human Rights Act and the British constitution. *Texas International Law Journal*, Austin, 37, n. 2, 2002. 329-372.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito FGV*, São Paulo, v. 4, n. 2, 2008.
- WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Nova York: Cambridge University Press, 1999.
- WALUCHOW, Wil J. *A common law theory of judicial review: the living tree*. Nova York: Cambridge University Press, 2007.