



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Samuel Martins dos Santos

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSO LEGISLATIVO:** uma análise  
interinstitucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional (2011-2019)

Florianópolis  
2021

Samuel Martins dos Santos

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSO LEGISLATIVO:** uma análise  
interinstitucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional (2011-2019)

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina  
para a obtenção do título de Doutor em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

SANTOS, Samuel Martins dos  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSO LEGISLATIVO: : uma  
análise interinstitucional entre o Supremo Tribunal  
Federal e o Congresso Nacional (2011-2019) / Samuel  
Martins dos SANTOS ; orientador, Cláudio Ladeira de  
OLIVEIRA, 2021.  
222 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa  
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós  
Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Controle de Constitucionalidade. 3.  
Congresso Nacional. 4. Democracia. 5. Supremo Tribunal  
Federal. I. OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. II. Universidade  
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em  
Direito. III. Título.

Samuel Martins dos Santos

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSO LEGISLATIVO:**

uma análise interinstitucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional  
(2011-2019)

O presente trabalho em nível de doutorado foi avaliado e aprovado por banca examinadora  
composta pelos seguintes membros:

Prof. Delamar José Volpato Dutra, Dr.  
Instituição UFSC

Prof. Juliano Zaiden Benvindo, Dr.  
Instituição UnB

Prof. Luciano Da Ros, Dr.  
Instituição UFSC

Prof. Guilherme Soares, Dr.  
Instituição UFSC

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi  
julgado adequado para obtenção do título de doutor em Direito.

---

Profa. Dr(a) Norma Sueli Padilha  
Coordenação do Programa de Pós-Graduação

---

Prof. Cláudio Ladeira de Oliveira, Dr.  
Orientador  
Florianópolis, 2021.

Para minha filha Maria Rosa.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço às universidades públicas, gratuitas e de qualidade, pela formação que me foi proporcionada, à Faculdade de Direito, História e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista – UNESP/Franca, à Universidade de Campinas – UNICAMP e à Universidade Federal de Santa Catarina, a todos os seus servidores e a todos aqueles e aquelas que apoiam o ensino público. Agradeço aos grupos de estudos e pesquisas que me acolheram na minha trajetória acadêmica, NEDA – UNESP, coordenado pelo Prof. Dr. Antonio Alberto Machado, Grupo Política e Direito – UNICAMP, coordenado pelo Prof. Dr. Andrei Koerner, GCONST – Grupo Constitucionalismo e Conflito Político – UFSC, coordenado pelo Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira e Grupo Democracia e Separação dos Poderes – Faculdade CESUSC, coordenado por mim e pelo Prof. M(sc) Leonardo Rossano Martins Chaves.

Agradeço aos meus orientadores pela confiança depositada: na Graduação, o Prof. Dr. Antonio Alberto Machado; no Mestrado, o Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer e a Profa. Dra. Thaís Luiza Colaço; e no Doutorado, o Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira.

Agradeço aos pesquisadores que compuseram as bancas de qualificação da presente pesquisa, Prof. Dr. Delamar Volpato Dutra, Profa. Dra. Celly Cook Inatomi, Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro, como também os pesquisadores que compuseram a banca de Defesa Prévia, Prof. Dr. Delamar Volpato Dutra, Prof. Dr. Guilherme Soares, Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo e o Prof. Dr. Luciano Da Ros. Agradeço aos muitos docentes que foram e são referências para mim, Profa. Dra. Cecilia Cabellero Louis (*in memoriam*), Profa. Dra. Jeanine Nicollazi Phillip, Prof. Dr. Rogério Dutra, Prof. Dr. José Carlos Moreira. Agradeço as muitas pessoas que fizeram parte dessa caminhada, Rogério da Silva, Marco Aurélio da Silva, Roberto Wohlke, Daniel Klein, Karen Arthur, Tiago Castilhos e o pessoal da Brisa Democrática, Rodrigo Sartoti e muitos outros. Agradeço, também, à Daniele Brito, pela revisão desta pesquisa.

Agradeço, demais, à minha família, Walter Martins dos Santos, Alvalina Ribeiro dos Santos, Giovana Ribeiro dos Santos, Débora Ribeiro dos Santos, Maria Aparecida Ferreira Justino e Maria Rosa Justino Martins, por tudo.

“Há também uma dúvida quanto ao que deve ser o poder supremo no Estado – é a multidão? Ou os ricos? Ou os bons? Ou o melhor homem? Ou um tirano? Qualquer dessas possibilidades parece envolver consequências desagradáveis.”  
Aristóteles

## RESUMO

O trabalho possui como tema a relação entre a jurisdição constitucional e o processo legislativo no período de 2011-2019. Tal objeto é analisado a partir da perspectiva das relações interinstitucionais do Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, contextualizado na chave entre o controle de constitucionalidade e a democracia representativa. Os problemas da pesquisa podem ser resumidos na seguinte formulação: ao considerar o debate normativo sobre as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, como é possível descrever e analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de jurisdição constitucional sobre processo legislativo federal no período entre 2011 a 2019? E como perguntas secundárias são apresentadas as seguintes: quais os principais argumentos dispostos pela doutrina do Direito Constitucional contemporâneo referente às relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo? A dificuldade de definição da supremacia nas relações entre os poderes está relacionada ao desenho constitucional contemporâneo? Entre os critérios de medição selecionados, quais são as variáveis independentes de maior impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre processo legislativo? O trabalho tem como hipótese que as teorias normativas precisam considerar os resultados das pesquisas empíricas como elemento de direcionamento das análises desenvolvidas, para se evitar análises enviesadas e perda do potencial para a compreensão das relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. A metodologia aplicada foi quantitativa, com pesquisa empírica e análise exploratória, bibliográfica e o uso de técnicas de inteligência artificial para modelagem de dados. No cruzamento das informações se utilizou da análise estatística e de probabilidade, que serviu de fundamento para a regressão logística, sendo assim, com os dados obtidos foi possível apontar tendências de convergência do comportamento decisório dos membros do Supremo Tribunal Federal com as maiorias legislativas ocasionais, de modo a integrar o órgão no sistema político majoritário. Neste ponto destacam-se quatro variáveis quantitativamente relevantes: argumentos de inconstitucionalidade, ato normativo, classe processual e turmas do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, a separação das decisões por temas do processo legislativo e por chefias do Poder Executivo não apresentaram dados quantitativamente relevantes, a considerar o desenho de pesquisa aplicado. Por fim, as conclusões indicam o potencial da interlocução das teorias normativas com as pesquisas empíricas para as análises das instituições, com destaque para um comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal com forte convergência às decisões do sistema majoritário e o uso estratégico da possibilidade de julgamentos sem análise do mérito.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Processo Legislativo. Democracia. Supremo Tribunal Federal. Congresso Nacional.



## ABSTRACT

The work has as its theme the relationship between the constitutional jurisdiction and the legislative process in the period 2011-2019. This object is analyzed from the perspective of the interinstitutional relations of the Supreme Court and the National Congress, contextualized in the key between constitutionality control and representative democracy. The research problems can be summarized in the following formulation: considering the normative debate on the relations between the judiciary and the legislative branch, how is it possible to describe and analyze the decisions of the Supreme Federal Court in constitutional jurisdiction over federal legislative process in the period between 2011 and 2019? And as secondary questions are presented the following: what are the main arguments laid down by the doctrine of contemporary Constitutional Law regarding the relations between the judiciary and the legislative branch? Is the difficulty in defining supremacy in the relations between powers related to contemporary constitutional design? Among the measurement criteria selected, what are the independent variables with the greatest impact on supreme court decisions on legislative process? The work has as hypothesis that normative theories need to consider the results of empirical research as an element of direction of the analyses developed, to avoid biased analyses and loss of the potential to understand the relations between the Judiciary and the Legislative Power. The methodology applied was quantitative, with empirical research and exploratory, bibliographic analysis and the use of artificial intelligence techniques for data modeling. In the crossing of the information, the statistical and probability analysis was used, which served as the basis for logistic regression, thus, with the data obtained it is possible to point out trends of convergence of the decision-making behavior of the members of the Supreme Court with occasional legislative majorities, in order to integrate the body into the majority political system, In this point, four quantitatively relevant variables stand out: arguments of unconstitutionality, normative act, procedural class and classes of the Supreme Court. On the other hand, the separation of decisions by themes of the legislative process and by heads of the Executive Branch did not present quantitatively relevant data, considering the research design applied. Finally, the conclusions indicate the potential of the interlocution of normative theories with empirical research for the analysis of institutions, with emphasis on a decision-making behavior of the Supreme Federal Court with strong convergence to the decisions of the majority system and the strategic use of the possibility of judgments without merit analysis.

**Keywords:** Constitutionality Control. Legislative Process. Democracy. Federal Court of Justice. National Congress.

## RESUMEN

El trabajo tiene como tema la relación entre la jurisdicción constitucional y el proceso legislativo en el período 2011-2019. Este objeto se analiza desde la perspectiva de las relaciones interinstitucionales de la Corte Suprema y el Congreso Nacional, contextualizadas en la clave entre control constitucional y democracia representativa. Los problemas de investigación se pueden resumir en la siguiente formulación: considerando el debate normativo sobre las relaciones entre el poder judicial y el poder legislativo, ¿cómo es posible describir y analizar las decisiones del Supremo Tribunal Federal en jurisdicción constitucional sobre el proceso legislativo federal en el período comprendido entre 2011 y 2019? Y como preguntas secundarias se presentan las siguientes: ¿cuáles son los principales argumentos establecidos por la doctrina del Derecho Constitucional contemporáneo respecto a las relaciones entre el poder judicial y el poder legislativo? ¿La dificultad para definir la supremacía en las relaciones entre poderes está relacionada con el diseño constitucional contemporáneo? Entre los criterios de medición seleccionados, ¿cuáles son las variables independientes con mayor impacto en las decisiones de la Corte Suprema sobre el proceso legislativo? El trabajo tiene como hipótesis que las teorías normativas necesitan considerar los resultados de la investigación empírica como elemento de dirección de los análisis desarrollados, para evitar análisis sesgados y pérdida del potencial para comprender las relaciones entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo. La metodología aplicada fue cuantitativa, con investigación empírica y exploratoria, análisis bibliográfico y el uso de técnicas de inteligencia artificial para el modelado de datos. En el cruce de la información se utilizó el análisis estadístico y probabilístico, que sirvió de base para la regresión logística. así, con los datos obtenidos es posible señalar tendencias de convergencia del comportamiento decisor de los miembros de la Corte Suprema con mayorías legislativas ocasionales, con el fin de integrar el órgano en el sistema político mayoritario. En este punto, destacan cuatro variables cuantitativamente relevantes: argumentos de inconstitucionalidad, acto normativo, clase procesal y clases de la Corte Suprema. Por otro lado, la separación de decisiones por temas del proceso legislativo y por jefes del Poder Ejecutivo no presentó datos cuantitativamente relevantes, considerando el diseño de investigación aplicado. Finalmente, las conclusiones indican el potencial de la interlocución de teorías normativas con investigación empírica para el análisis de instituciones, con énfasis en un comportamiento de toma de decisiones del Supremo Tribunal Federal con fuerte convergencia a las decisiones del sistema mayoritario y el uso estratégico de la posibilidad de juicios sin análisis de mérito.

**Palabras clave:** Control de Constitucionalidad. Proceso Legislativo. Democracia. Supremo Tribunal Federal. Congreso Nacional.

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Relação entre argumento de inconstitucionalidade, classe processual e decisão pelo trâmite do processo .....	177
Gráfico 2 – Relação entre argumento utilizado, classe processual e decisão judicial de mérito .....	182
Gráfico 3 – Relação entre recorte temporal pela Chefia do Poder Executivo, decisão de mérito e classe processual .....	183

## LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Tipologia de Nimer Sultany .....	80
Quadro 2 – Esquematização dos Modelos de Democracia .....	81
Quadro 3 – Relação entre classe processual e número de ações judiciais.....	165
Quadro 4 – Dados de capa coletados dos processos do STF.....	172
Quadro 5 – Julgados conforme o ato normativo, o seguimento do trâmite do processo e percentual.....	174
Quadro 6 – Classificação entre classe processual, decisão sobre o trâmite do processo e percentual.....	178
Quadro 7 – Classificação conforme turma, decisão sobre o trâmite do processo e percentual .....	179
Quadro 8 – Classificação conforme recorte temporal pela Chefia do Poder Executivo, classe processual, decisão sobre o trâmite do processo e quantidade .....	179
Quadro 9 – Julgados conforme o ato normativo, a decisão de mérito e quantidade .....	181
Quadro 10 – Divisão do Estágio do Heckman Model e Variável Dependente .....	186
Quadro 11 - Liminares que foram deferidas em sede de controle de constitucionalidade.....	192
Quadro 12 – Casos envolvendo o controle difuso de constitucionalidade em situações atípicas .....	194
Quadro 13 – Classificação conforme período, presidência no Supremo Tribunal Federal e motivo da saída de seus membros .....	198

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Heckman Model.....	185
-------------------------------	-----

## LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DS	Direitos Sociais
MS	Mandado de Segurança
ND	Não Decisão
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>1 SEPARAÇÃO DOS PODERES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UM DILEMA INSTITUCIONAL DOS ESTADOS CONTEMPORÂNEOS.....</b>	<b>28</b>
1.1 AS ORIGENS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS CONTEMPORÂNEOS: O MODELO DIFUSO E O MODELO CONCENTRADO .....	29
1.2 TEORIAS NORMATIVAS E INSTITUCIONALIDADE DEMOCRÁTICA: SOBRE A DIFICULDADE DE DEFINIÇÃO DA ÚLTIMA PALAVRA .....	46
1.3 O ESTUDO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO OBJETO FRONTEIRIÇO DE PESQUISA .....	54
<b>2 ANÁLISES INTERINSTITUCIONAIS: COLOCANDO AS PEÇAS JUNTAS NOVAMENTE.....</b>	<b>74</b>
2.1 A DEFESA DO JUDICIAL REVIEW E O MINIMALISMO JUDICIAL .....	79
2.2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA .....	98
2.3 MUDANDO A PERSPECTIVA NA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: A JURISPRUDÊNCIA POLÍTICA E O INSTITUCIONALISMO ESTRATÉGICO COMO PERSPECTIVA DE ANÁLISE DO PODER JUDICIÁRIO NAS SUAS RELAÇÕES COM O PODER LEGISLATIVO .....	111
<b>3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSO LEGISLATIVO: UMA ANÁLISE INTERINSTITUCIONAL ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONGRESSO NACIONAL (2011-2019) .....</b>	<b>124</b>
3.1 ASPECTOS METODOLÓGICOS DA PRODUÇÃO CIENTÍFICA SOBRE O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	129
3.2 MODELAGEM E ANÁLISE DOS DADOS.....	158
<b>3.2.1 Desenho da pesquisa, banco de dados e variáveis .....</b>	<b>159</b>
<b>3.2.2 Sobre a pesquisa empírica com o uso da inteligência artificial .....</b>	<b>164</b>
<b>3.2.3 Análise inferencial .....</b>	<b>184</b>
<b>3.2.4 Testagem de hipóteses anteriores.....</b>	<b>187</b>
3.3 ANÁLISES DOS DADOS E RELAÇÕES INTERINSTITUCIONAIS .....	191
<b>3.3.1 Observações sobre a integração das liminares concedidas no banco de dados .....</b>	<b>192</b>
<b>3.3.2 Observações sobre a leitura dos casos envolvendo o controle difuso de constitucionalidade em situações atípicas .....</b>	<b>193</b>
<b>3.3.3 Sobre o uso do argumento democrático nos mandados de segurança.....</b>	<b>195</b>

<b>3.3.4 Sobre a composição do Supremo Tribunal Federal no período entre 2011-2019..</b>	<b>197</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>202</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>210</b>



## INTRODUÇÃO

Em 1957, Robert Dahl escreveu e publicou a primeira versão do texto *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a policy-maker*, que foi responsável pela abertura de um campo produtivo de pesquisas no âmbito das Ciências Sociais e Ciências Sociais aplicadas. Em tal texto, Dahl debate as relações entre os Tribunais Constitucionais e o sistema político majoritário, indicando a atuação do Poder Judiciário em relação aos demais poderes da República como um critério de análise do funcionamento da separação dos poderes (DAHL, 1957).

Desde então, a produção bibliográfica tem sido pródiga, não tanto para concordar com a resposta apresentada pelo importante analista dos regimes democráticos, mas sim para avaliar a qualidade das perguntas desenvolvidas no seu texto. No trabalho citado anteriormente, Dahl (1957) formula um questionamento com grande potencial de análise sobre as relações interinstitucionais: quais são as características das relações interinstitucionais entre os Poderes da República nos Estados contemporâneos?

O contexto institucional e teórico da questão é por demais conhecido, o desenho institucional dos Estados contemporâneos foi amplamente influenciado pelo constitucionalismo norte-americano. Nesse modelo, desde o final do século XVIII as funções exercidas pelo Poder Judiciário têm sido objeto de questionamentos constantes, que consideram a famosa dificuldade contramajoritária formulada por Alexander Bickel (1986), como também o quanto o Poder Judiciário atua em relação ao sistema político.

A Teoria do Direito e a Hermenêutica Jurídica possibilitaram o desenvolvimento de significativas contribuições sobre a melhor resposta do Poder Judiciário para questões difíceis, como também outros ramos das Ciências Sociais têm se deparado com pesquisas sobre o comportamento do Poder Judiciário, seja no enfoque da instituição ou nos aspectos subjetivos dos seus membros.

Desta forma, o presente trabalho é desenvolvido no campo do Direito Constitucional, onde são considerados elementos que lhe são correlatos no âmbito da Teoria da Constituição, das Teorias Democráticas e da Ciência Política. A pesquisa tem como tema a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal sobre o processo legislativo federal entre o período 2011-2019. E a perspectiva do trabalho é de uma análise interinstitucional, com destaque para as relações entre os órgãos de cúpula do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, a saber, o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional.

Outro elemento a ser ressaltado na crescente produção científica a respeito do Poder Judiciário no Brasil desde a década de 90, sobretudo no campo da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, é a ampla predominância do seu recorte normativo, que muitas vezes dificulta uma análise mais acurada do funcionamento das instituições em recortes historicamente dados.

Com isso, ocorre o deslocamento da análise do Supremo Tribunal Federal em um contexto que minora as condicionantes do processo político e histórico na análise, e que são centrais para a compreensão acurada do funcionamento das instituições. Sendo assim, é recorrente o percurso de um trabalho com viés eminentemente teórico, mas que apresenta dados e análises sobre os funcionamentos do Poder Judiciário sem explicitar os critérios metodológicos de captação, organização e análises dos dados disponíveis.

Atualmente é possível indicar uma mudança nesta tradição, de modo a verificar um maior cuidado da comunidade científica a respeito da pesquisa empírica na área do Direito no Brasil, pois é importante considerar que existe campo para o aprofundamento das análises com vieses descritivo e analítico sobre as instituições jurídicas.

O presente trabalho se localiza no campo de pesquisa que considera a pertinência do debate normativo para o Direito (WALDRON, 2016; WHITTINGTON, 2000a), inclusive como critério de análise sobre pesquisas empíricas a respeito do processo decisório das instituições judiciais. Assim, é possível indicar que a pesquisa possui inegável dimensão de uma trajetória entre a análise normativa, e as principais questões formuladas nessa perspectiva e a pesquisa empírica, com vistas a indicar de que modo os problemas identificados por aquela são desenvolvidos e solucionados por essa.

Em relação a metodologia, se optou pela pesquisa empírica quantitativista, tal opção de inegável característica descritiva deve ser implementada sem deixar de relacioná-las com questões teóricas mais amplas e que são consideradas inafastáveis para uma pesquisa com essas características no campo do Direito Constitucional. De tal modo, se justifica a preocupação em apresentar nos dois primeiros capítulos os elementos teóricos e institucionais considerados relevantes para a compreensão dos dados em um contexto mais amplo e complexo.

Assim, o problema principal formulado para a pesquisa pode ser resumido da seguinte forma: considerando o debate normativo sobre as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, como podemos descrever e analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de jurisdição constitucional sobre processo legislativo federal no período entre 2011 a 2019? E como perguntas secundárias são apresentadas as seguintes: Quais os principais

argumentos dispostos pela doutrina do Direito Constitucional contemporâneo referente às relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo? A dificuldade de definição da supremacia nas relações entre os poderes está relacionada ao desenho constitucional contemporâneo? Entre os critérios de medição selecionados, quais são as variáveis independentes de maior impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre processo legislativo?

O objetivo do trabalho é fazer uma contextualização bibliográfica sobre as teorias normativas a respeito do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, para posteriormente apresentar resultados de uma pesquisa empírica que destacou as principais questões formuladas pelas teorias normativas estudadas no primeiro e segundo capítulo com a tentativa de identificar variáveis para a compreensão sobre como esses dois poderes da República se comportam no Brasil entre o período entre 2011-2019. Em um sentido mais estrito, a pesquisa encontra-se contextualizada no debate sobre como o Supremo Tribunal Federal decide a respeito do processo legislativo federal.

A hipótese do trabalho é que a Teoria Constitucional contemporânea apresenta questões institucionais de difícil solução apriorística, assim o estudo das relações entre as teorias normativas e as pesquisas empíricas pode ser duplamente benéfico, no referente ao reenquadramento das questões normativas e ao aumento do potencial de análise dos resultados da pesquisa empírica em contextos institucionais mais amplos. Com isso, a hipótese supõe que a pesquisa empírica das decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito dos processos legislativos federais que foram judicializados pode servir como objeto de análise sobre o modo como os problemas constitucionais contemporâneos a respeito das relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo são equacionados e geridos pelas instituições destacadas (GRABER, 2005b; MENDES, 2008).

Especificamente, a hipótese central considera que a maior acuidade na descrição do fenômeno vai possibilitar uma análise das suas características e indicar as decisões do Supremo Tribunal Federal como não regulares em relação ao Congresso Nacional<sup>1</sup>, com variações expressivas a depender do sistema processual pelo qual o mesmo é acionado, se

---

<sup>1</sup> A identificação da não regularidade do comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal em relação ao processo legislativo federal vai indicar a dificuldade de classificações generalistas da corte em relação ao órgão de cúpula do Poder Legislativo. Assim, será apontado como as direções de convergência, divergência e omissão do Supremo Tribunal Federal para com o Congresso Nacional, além de evitar classificações generalistas, também indicam a pertinência do estudo das variáveis institucionais que podem ser consideradas relevantes na identificação do comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

difuso/preventivo, ou concentrado/repressivo.<sup>2</sup> Como também, com diferenças no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal a depender dos argumentos de inconstitucionalidade articulados, se formais ou materiais de forma isolada, ou conjuntamente, e ao tipo de ato normativo<sup>3</sup> que é objeto do processo legislativo judicializado. As hipóteses também consideram que o tema dos processos legislativos sobre direitos sociais apresentará impacto quantitativo relevante no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal, seja por decisões efetivamente proferidas, ou por não decisões, das quais resultam a extinção dessas ações judiciais sem análise do mérito.

Em relação aos problemas secundários, a hipótese se encontra fundamentada na percepção de que não existirá solução peremptória no referente às relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, o que explica o grande número de divergências na literatura especializada sobre o tema. Defende-se que tal formulação pode ser explicada pelas características institucionais do Estado contemporâneo, caracterizado pela ampla base eleitoral, alto número de partidos políticos e dissensos razoáveis sobre as questões referentes a organização democrática da sociedade. Disso, se resulta a necessidade de análises empíricas para se verificar como, a partir da descrição adequada desse conjunto de decisões, é possível compreender movimentos de convergência, divergência e/ou oposição entre os órgãos de cúpula do Poder Judiciário e do Poder Legislativo.

A partir do estudo das relações entre as Teorias Constitucionais contemporâneas, destacando as principais questões relacionadas ao Poder Judiciário e o Poder Legislativo, foi feito o delineamento das variáveis independentes para a melhor descrição do fenômeno, a saber, como o Supremo Tribunal Federal decide sobre o processo legislativo federal. E como essa descrição pode servir de parâmetro de análise das suas relações com o Congresso Nacional e o sistema político majoritário (EPSTEIN; KNIGHT; SHVETSOVA, 2001).

No período posterior a Constituição Federal de 1988, os questionamentos sobre quais são as variáveis com maior importância para a caracterização das decisões do Poder Judiciário ocupam um espaço central na agenda de pesquisa sobre este poder da República, sobretudo, em contextos de alta polarização política e fragmentação substantiva do Poder Legislativo, a submissão do processo legislativo ao Poder Judiciário para decidir sobre o devido processo

---

<sup>2</sup> Em função das características da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do processo legislativo, torna-se possível a composição binomial dos controles de constitucionalidade difuso/preventivo e concentrado/repressivo, tal qual será melhor detalhado no decorrer do trabalho.

<sup>3</sup> Os atos normativos expressos no presente trabalho são os atos normativos primários dispostos no Art. 59 da Constituição Federal de 1988, a saber, emendas constitucionais, leis ordinárias, leis complementares, decretos legislativos, resoluções, leis delegadas e medidas provisórias.

legislativo é uma ação recorrente, seja por motivos jurídicos ou políticos (KAPISZEWSKI, 2011; NICOLAU, 2017; OLIVEIRA, 2011; MARTINS, 2018).

O presente trabalho parte do pressuposto que é impossível a identificação de todas as variáveis influentes para a predição da caracterização sobre a forma como o Supremo Tribunal Federal decide (TAYLOR, 2008), mas tal impossibilidade não impede explorações analíticas no sentido de se tentar descobrir variáveis independentes qualitativas que sejam mais quantitativamente impactantes no processo decisório, como também não impossibilita a caracterização das relações entre essas instituições a partir dos dados coletados e organizados.

No presente trabalho, as variáveis independentes relacionam o tipo de controle de constitucionalidade exercido, tipo de ato normativo impugnado, a argumentação desenvolvida pelas partes, o tema dos processos legislativos em trâmite (direitos sociais), turmas do Supremo Tribunal Federal, e ocupação do Poder Executivo, com as decisões do Supremo Tribunal Federal. Com isso, pretende-se uma compreensão mais clara sobre as características das decisões desse órgão de cúpula do Poder Judiciário a respeito das questões recortadas, suas relações com o sistema político majoritário e, destacadamente, com o Poder Legislativo.

A respeito das variáveis recortadas, a seguir são apresentadas as seguintes justificativas:

**Tipo de controle de constitucionalidade:** O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é híbrido, pois acumula tanto a possibilidade de controle concentrado, quanto de controle difuso, de constitucionalidade. Por si, tal característica justifica construções com vieses comparativos sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal em relação a cada umas destas formas de controle, apresentando-se como pertinentes desenhos de pesquisas que integrem os resultados das decisões do órgão em relação a cada forma de acionamento judicial, de modo a testar as hipóteses de que a variação da classe processual apresenta relevância no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

**Ato normativo:** A Constituição Federal de 1988 possui uma regulação detalhada sobre processo legislativo, entre os artigos 59 e 69, além dessas regras, em larga medida procedimentais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também reconhece, desde 1980, o direito fundamental dos congressistas de participarem de um devido processo legislativo idôneo, em sentido predominantemente formal.

Assim, a classificação dos processos legislativos é dividida entre processos legislativos comuns ordinários, para aprovação das leis ordinárias, e processos legislativos especiais, quem envolvem regras procedimentais específicas para aprovação de emendas

constitucionais, leis complementares, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Com isso, as possibilidades de judicialização dos processos legislativos são diversas, a depender do ato normativo que é objeto de impugnação judicial.

As duas variáveis independentes supracitadas, tipo de controle de constitucionalidade e o ato normativo impugnado, destacam o reconhecimento de que os recortes institucionais importam na análise do Poder Judiciário (BRINKS; BLASS, 2018). Nesse aspecto, cabe ressaltar que tal enfoque não supõe que as instituições por si são suficientes para o aprofundamento democrático dos países com forte tradição constitucional autoritária, como é o caso do Brasil (RECONDO, 2018; SANTOS, S., 2008), mas é preciso interpretar a afirmação de que as instituições importam em duas possibilidades, a primeira referente ao papel das instituições de regulação do processo e dos conflitos políticos, a segunda no referente a afirmação de que as instituições importam como variáveis de análise e medida de determinado fenômeno.

A saber, no presente trabalho, a instrumentalização das características institucionais pelos atores do sistema de justiça se apresenta como justificativa suficiente para um recorte específico a respeito da sua importância na pesquisa científica empreendida, destacadamente, em relação as possibilidades institucionais criadas por estas variáveis, tipo de controle e tipo do processo legislativo (ato normativo) judicializado e o comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Nesse segundo aspecto, referente as características institucionais como variáveis de análise, a resposta apenas e, exclusivamente, pode ser afirmativa. E trata-se de um importante campo de pesquisa do Direito Constitucional e do Direito Processual Constitucional, pois as instituições, particularmente jurídicas, dão ensejo a judicialização dos conflitos políticos a depender das suas regras e desenhos, incluindo possibilidades de concessão de medidas liminares, por parte dos julgadores, constituindo, assim, alternativas de exercício do poder de veto no processo legislativo (TAYLOR, 2008; OLIVEIRA; SANTOS, S., 2019).

**Argumentação desenvolvida:** Trata-se de uma variável ainda pouco explorada na literatura brasileira, que explora em perspectiva quantitativa os argumentos de inconstitucionalidade instrumentalizados pelos atores na judicialização do processo legislativo federal.

Em função de se tratar de um texto prolixo e materialmente amplo, a Constituição Federal de 1988 dispõe de um amplo material jurídico para servir de alegação de inconstitucionalidades, conceito relevante que no Direito Processual é denominado de possibilidade jurídica do pedido, seja formal, quando alguma regra procedimental foi

considerada descumprida, seja em sentido material, o texto de 1988 não decepciona aqueles que procuram um argumento de inconstitucionalidade, mesmo que com baixas chances de sucesso.

Assim, a pesquisa se preocupa em analisar quais argumentos foram usados nos dois tipos de inconstitucionalidade e se a sua instrumentalização teve impacto no trâmite dessas ações até uma análise de mérito, como também suas relações com o resultado de procedência/improcedência das respectivas ações.

A hipótese é que o tipo de argumentação utilizada tenha impacto no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal, pois os resultados indicaram uma resposta positiva a esta formulação. Assim, os argumentos materiais apresentaram impacto positivo em decisões referentes ao trâmite das ações judiciais até uma decisão de mérito, isto é, ações judiciais com fundamento em argumentos de inconstitucionalidade material, ou material e formal conjuntamente, apresentaram maior chance de não serem extintas sem análise de mérito, mas entre as ações que tramitaram até uma análise de mérito, os argumentos de inconstitucionalidade formal apresentaram maior chance de uma decisão de procedência.

**Tema dos processos legislativos judicializados:** Conforme será discorrido no decorrer do trabalho, o constitucionalismo ocidental passou por significativas mudanças no século XX, com destaque para a ampliação dos direitos políticos, reconhecimento dos direitos sociais e aumento do pluralismo político.

Em larga medida essas mudanças decorreram de conflitos sociais, entre grupos políticos que podem ser divididos entre direita e esquerda. Conforme a doutrina tem destacado, os direitos sociais são temas sensíveis para analisarmos os conflitos políticos no Poder Legislativo, sua judicialização e, destacadamente, como esses temas incidem no processo decisório do Supremo Tribunal Federal (TAYLOR, 2008; BRINKS; BLASS, 2018).

No âmbito do processo legislativo, as grandes reformas ocorridas na legislação brasileira no período delimitado foram sistematicamente submetidas ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, entretanto, ficam os questionamentos: Como o Tribunal decidiu a respeito desses temas? E a presença dessa temática pode ser considerada como uma variável quantitativamente relevante nas decisões do Supremo Tribunal Federal? Considera-se que as respostas a essas questões podem auxiliar na compreensão da forma como tal órgão do Poder Judiciário se relaciona com o sistema político majoritário, destacadamente, o Poder Legislativo.

Em que pese a hipótese do trabalho considerasse que tal recorte apresentaria relevância estatística, os resultados conclusivos da pesquisa não permitem afirmar que esta correlação exista, ainda que quantitativamente seja intuitivo que o tema do processo legislativo tem impacto no acionamento do Supremo Tribunal Federal, o mesmo recorte não apresentou dados robustos em relação ao comportamento decisório dos ministros da Corte, foco principal do trabalho. Considera-se que tal recorte ainda pode apresentar potencial em pesquisas futuras, mas com mudanças de perspectivas.

**Recorte temporal pela chefia do Poder Executivo:** Ao considerar que o lapso temporal do trabalho foi de 09 (nove) anos, a pesquisa recortou o período levando em conta a chefia do Poder Executivo, com vistas a verificar se as mudanças no sistema político majoritário tiveram impacto no comportamento decisório do Tribunal.

Neste ponto é necessário destacar que o Poder Executivo é um fator de grande influência na apresentação de propostas legislativas no Congresso Nacional. Assim, o recorte temporal com base nas mudanças na titularidade da chefia do Poder Executivo considera a importância dessa informação para o processo legislativo federal (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1999, 2008; SANTOS, F., 2003).

Apesar do seu desenho original instituir um modelo de Estado de Bem-Estar Social (GAURI; BRINKS, 2008; KERSTENERTZKY, 2012), desde a sua promulgação, a Constituição Federal de 1988 tem sido submetida à um conjunto de reformas em larga medida, que são influenciadas por concepções neoliberais de Estado Mínimo.

Se na década de 90 o comportamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal foi captado por pesquisadores de monta (KOERNER; FREITAS, 2013; TAYLOR, 2008), é importante destacar que o período recortado da pesquisa, entre 2011-2019, assinala o fim dos governos de centro esquerda do Partido dos Trabalhadores, com Dilma Rousseff (2014-2016) e se iniciam os governos de Michel Temer (2016-2018) e de Jair Messias Bolsonaro (2019 até o presente momento).

As reformas constitucionais não foram interrompidas nesse período, e é preciso registrar, por outro lado, que não se pode negar que o afastamento de Dilma Rousseff, a ascensão de Michel Temer e a eleição de Jair Messias Bolsonaro desencadearam a propositura de reformas estruturais que até então estavam represadas nos governos anteriores.

Assim, a divisão do lapso temporal pela chefia do Poder Executivo (2011-2016, 2017-2018; 2019) poderá ensejar o registro mais detalhado dessas mudanças de curso nos governos brasileiros e seus efeitos nas relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional.



Neste ponto é necessário registrar que ocorreu uma limitação na coleta de dados das ações judiciais para a análise pretendida, isto porque o processo de digitalização das ações em trâmite no Supremo Tribunal Federal tem um recorte mais definido a partir do ano de 2010 em diante. Assim, conforme será ressaltado no tópico sobre a pesquisa empírica, é fundada a suspeita de subnotificação das ações judiciais analisadas durante o governo do Partido dos Trabalhadores, justamente, porque neste período ainda existia um grande número de processos judiciais físicos, impedindo a sua coleta. Por outro lado, em relação ao governo de Jair Messias Bolsonaro, o recorte temporal captou apenas o primeiro ano do seu mandato, sendo estes fatores indicativos dos motivos pelos quais os resultados precisem ser interpretados com cuidado.

**Divisão entre turmas:** O Supremo Tribunal Federal é composto por duas turmas, Primeira Turma e Segunda Turma, que é composta por ministros distintos. Tal divisão justifica-se pela possibilidade de análise se os colegiados formados por membros distintos, submetidos as mesmas regras processuais, a mesma legislação e jurisprudência predominante, apresentam diferenças substantivas no comportamento decisório.

Tal recorte apresentou relevância estatística, tanto em relação às decisões pelo trâmite das ações judiciais até uma análise de mérito, como também decisões de procedência. A saber, a primeira Turma do Supremo Tribunal Federal apresentou uma menor possibilidade de decisões pelo trâmite das ações judiciais até uma análise de mérito, isto é, tal Turma possui um crivo mais rigoroso em relação a extinção do processo sem análise do mérito, por outro lado, entre as ações que chegam às decisões meritórias, a primeira Turma apresentou maior chance de procedência dos que a segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

**Decisão de mérito e não decisão:** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui um grande número de possibilidades nas quais ocorre a extinção do processo sem análise do mérito. Conforme parte da doutrina tem reconhecido, tais situações podem ser concebidas como possibilidades de uso estratégico para o Supremo Tribunal Federal não entrar em conflito com atores políticos relevantes (GOMES NETO; LIMA, 2016; GOMES NETO *et al.*, 2017; LIMA; GOMES NETO, 2018).

Tal enfoque parte do pressuposto que a não decisão precisa ser equacionada no computo das decisões do Supremo Tribunal Federal, visto que, em muitas hipóteses, o fato de não decidir é uma forma de decidir. O Supremo Tribunal Federal apresenta altos índices de não decisões em várias matérias, ao considerar o objeto da presente pesquisa, as decisões sobre o processo legislativo federal, como possibilidade de análise das relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, além do computo das não decisões na

amostragem, também verificar-se-á quais são as variáveis independentes com maior relevância no comportamento decisório dos ministros da Corte referente as decisões pela extinção do processo sem análise do mérito, que optou-se por denominar de não decisões, como possibilidade de análise se o Supremo Tribunal Federal faz um uso estratégico da jurisprudência das não decisões nas suas relações com os demais poderes da República, destacadamente, o Poder Legislativo.

Neste ponto, com o objetivo de mensurar o impacto do tema Direitos Sociais no processo de julgamento, o recorte de tal variável visa identificar se a depender do tema do processo legislativo submetido ao Poder Judiciário existe alteração quantitativa. O enfoque nos Direitos Sociais decorre da importância do seu surgimento nas Constituições contemporâneas, do que resultou no delineamento do Estado de Bem-Estar Social. Assim, considera-se a descrição da inferência quantitativa dos direitos sociais na forma como o Supremo Tribunal Federal julga o processo legislativo federal uma variável relevante para analisar as relações entre este órgão de cúpula do Poder Judiciário e o Poder Legislativo federal.

Por visar tal mensuração, na composição do banco de dados para análise das decisões do Supremo Tribunal Federal foi criada uma categoria específica denominada Direitos Sociais – DS, com o objetivo de agrupar todos os processos legislativos judicializados que envolvessem o tema. Conforme a descrição quantitativa dos dados indicará, efetivamente, o tema do processo legislativo pode ser considerado um recorte relevante para o aumento da demanda, indicando a pertinência da hipótese de que quanto maior o conflito político sobre determinada matéria, maior será a sua judicialização. No entanto, a análise sobre o objeto nuclear da presente pesquisa, o comportamento decisório dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não apresentou resultados estatísticos relevantes a partir desse recorte, não sendo possível afirmar que o tema do processo legislativo judicializado tenha impacto nas decisões dos ministros do órgão.

Justificadas as variáveis independentes que serão utilizadas no trabalho, é importante informar que serão variáveis dependentes as decisões sobre o trâmite das ações judiciais e o resultado da decisão de mérito, se procedentes ou improcedentes. A partir dos recortes supracitados, tais quais direitos sociais, controle difuso e controle concentrado, divisão entre as turmas, será verificado se essas variáveis independentes possuem impacto quantitativo sobre as variáveis dependentes.

Na análise das relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, as decisões de improcedência resultam na manutenção do ato normativo aprovado pelo Poder

Legislativo, o que permite a interpretação de tal decisão como exemplo de auto deferência do Poder Judiciário e convergência desse poder junto as decisões do sistema político majoritário tal qual proposto por Robert Dahl (1957).

No mesmo sentido, incorpora-se as denominadas não decisões, isto porque quando o órgão não decide o mérito de uma ação judicial que questiona a inconstitucionalidade de uma norma, ao fim e ao cabo, a mesma permanece vigente no ordenamento jurídico brasileiro, resultado que também converge com a manutenção da decisão majoritária alcançada no Poder Legislativo.

Com isso, o trabalho pretende estabelecer conexões partir da pesquisa bibliográfica da Teoria Normativas a respeito do Poder Judiciário e o Poder Legislativo no campo da Teoria da Constituição, com a descrição e análises dos dados coletados pela pesquisa empírica, visando identificar, a partir da análise dessas variáveis, características do comportamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal a respeito do processo legislativo federal e do Congresso Nacional.

Nesse ponto, valem as seguintes ressalvas: o presente trabalho não tem como objeto de enfoque a judicialização das políticas públicas, sendo necessário diferenciar a judicialização das políticas públicas, da judicialização dos processos legislativos a respeito dos direitos sociais, tendo como causa de pedir a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

No plano jurídico, distintamente, se o primeiro tem como causa de pedir a ausência de acesso a determinado bem jurídico, no caso, medicamentos, educação, entre outros, o segundo analisa de que modo a temática dos direitos sociais, altamente controvertida em sociedades plurais e também nas casas legislativas, impacta na forma como o Supremo Tribunal Federal decide a respeito de questões de jurisdição constitucional. Apenas a última possibilidade será analisada, a saber, de que modo a variável – tema dos processos legislativos (direitos sociais) – impacta quantitativamente as decisões do órgão.

Também é possível fazer uma diferenciação entre o objeto desse trabalho e o campo de pesquisa sobre a judicialização das políticas públicas, enquanto essas enfocam as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, o trabalho, ora exposto, enfoca as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Matthew Taylor (2007) apresenta um recorte pertinente do tema quando diferencia o momento de criação das políticas públicas (processo legislativo) e o momento de sua implementação (políticas públicas).

Como segunda ressalva do presente trabalho, no que diz respeito a atuação do Poder Judiciário, a expressão ativismo judicial será utilizada exclusivamente como perspectiva de análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, como também de seus ministros em

decisões monocráticas, seja no exercício da sua competência originária para o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, como também via decisões em sede de mandados de segurança (RIBEIRO; ARGUELHES, 2019).

Em função destes elementos, restam adequadamente justificados esforços de pesquisa neste sentido para a compreensão das relações entre as cúpulas do Poder Judiciário e do Poder Legislativo no Brasil contemporâneo.

A terceira e última ressalva importante é a diferenciação entre o conceito de jurisdição constitucional do conceito de jurisdição. Para o campo de pesquisa da Teoria da Constituição, tal diferenciação se faz necessária por questões de ordem processual e de análise institucional. Processualmente é preciso destacar que a causa de pedir em uma ação que demanda a jurisdição constitucional é a violação formal, ou material, da Constituição, por outro lado, uma ação de outra ordem terá como causa de pedir, por exemplo, medicamentos, indenização, pensão alimentícia, entre outros. Assim, tal diferenciação se faz necessária justamente para destacar as alterações que a ordem constitucional sofreu nos séculos XX e XXI, sobretudo, com o advento do Estado de Bem-Estar Social e suas crises subsequentes.

A desconsideração dessa diferença reduz em muito o potencial de análise do Poder Judiciário e das pesquisas sobre jurisprudência, sobretudo, porque diminui a percepção de mudanças legislativas no ordenamento jurídico e dos seus impactos nas decisões dos tribunais. Particularmente, destaca-se a inserção dos direitos sociais nas Constituições contemporâneas, diferenças institucionais no processo legislativo, suas justificativas, e a criação da possibilidade jurídica do pedido de judicialização dos processos legislativos tendo como referências esses novos aportes institucionais, e como o Tribunal em análise, Supremo Tribunal Federal, no período delimitado (2011-2019), decidiu a respeito desses temas, como causa processual de pedir para a judicialização da política.

Assim, o primeiro capítulo terá enfoque no surgimento da jurisdição constitucional nos Estados contemporâneos ocidentais, na sua versão difusa e concentrada, com a indicação das relações desses modelos com a ampliação dos direitos políticos, inserção dos direitos sociais na ordem constitucional e aumento do pluripartidarismo.

O argumento central é que tais mudanças contextualizam a necessidade de fortalecimento do Poder Judiciário na segunda metade do século XX, como resultante de um modelo institucional democrático representativo de difícil equacionamento, visto que as demandas políticas sobre o Estado são muito maiores do que o seu potencial de solução, com inegáveis repercussões nas relações entre os poderes da República, destacadamente, entre o Poder Legislativo de ampla base representativa e o Poder Judiciário, projetado como o

responsável pela guarda da ordem constitucional. Na última parte do primeiro capítulo são apresentados elementos para análise do Poder Judiciário, além das teorias normativas, visando destacar de que modo a construção de aportes epistemológicos entre as teorias normativas e as teorias empíricas podem ser contributivos para a compreensão dos fenômenos estudados.

O segundo capítulo tem como tema as relações interinstitucionais entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, em um esforço de reinserção da análise do Poder Judiciário em relação aos demais poderes e ao sistema político de forma mais ampla. Tal diretriz decorre da identificação dos limites analíticos insulares do Poder Judiciário, nesse sentido, a diretriz é pela recomposição de tal institucionalidade jurídica no modelo contemporâneo da separação dos poderes de um Estado em contexto periférico do sistema capitalista. Assim, será revista a literatura sobre o minimalismo judicial, o ativismo judicial, a judicialização da política, enfatizando esses conceitos como elementos de relação do Poder Judiciário com os demais poderes, destacadamente, o Poder Legislativo. Ao final do segundo capítulo é retomada a proposta de Martin Shapiro (2008) a respeito da análise política da jurisprudência e do institucionalismo estratégico de Lee Epstein (2016) como marcos teóricos de análise constitucional sobre a jurisprudência do Poder Judiciário e das suas relações com o Poder Legislativo.

O terceiro capítulo apresenta o desenho e os resultados de uma pesquisa empírica que foi delineada a partir dos estudos desenvolvidos nos dois capítulos anteriores, assim, as variáveis independentes de análise possuem relação direta com a pesquisa bibliográfica desenvolvida nos dois capítulos anteriores a respeito das teorias normativas e de suas possíveis relações com as pesquisas empíricas. Tal empreendimento tem como objetivo descrever o comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal, para com isso potencializar as análises decorrentes.

Com essa trajetória, o nosso argumento é que a aproximação entre as teorias normativas e a pesquisa empírica possui potencial contributivo para o desenvolvimento da pesquisa científica no campo da Teoria da Constituição, sendo duplamente contributivo, seja no auxílio das teorias normativas para a elaboração de problemas para as pesquisas empíricas, e na análise dos seus resultados, seja em redirecionamentos que os resultados das pesquisas empíricas podem ensejar às teorias normativas a respeito das relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

As conclusões apresentam como possibilidade analítica inaugural a relação tipo de processo legislativo (ato normativo) judicializado e o comportamento decisório dos ministros

do Supremo Tribunal Federal como inferência relevante para o trâmite processual até uma análise do mérito.

No referente as decisões de mérito, os resultados indicaram, por fim, que a opção do tipo de controle de constitucionalidade tem grande impacto nas possibilidades de trâmite e procedência do pedido, como também a estratégia argumentativa utilizada pelos demandantes, se inconstitucionalidade formal e/ou material, e as turmas do Supremo Tribunal Federal, apresentando menor impacto a divisão das decisões entre as temas do processo legislativo judicializado e o recorte temporal pelas chefias do Poder Executivo.

Assim, o trabalho conclui que o comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal é, em regra, convergente com o sistema político majoritário, destacadamente, o Congresso Nacional, sendo de baixa incidência o exercício contramajoritário do Poder Judiciário nas matérias recortadas, e de média incidência as não decisões, e decisões de improcedência, que resultam na manutenção do ato impugnado no ordenamento jurídico.

Assim, quantitativamente, as deliberações do Congresso Nacional exercem um forte poder de convergência em relação ao comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

## **1 SEPARAÇÃO DOS PODERES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UM DILEMA INSTITUCIONAL DOS ESTADOS CONTEMPORÂNEOS**

A configuração tripartite da separação dos poderes é um modelo institucional marcante na passagem do Estado moderno para o Estado contemporâneo. Em larga medida, a Teoria Liberal dos séculos XVII e XVIII foi responsável pelo seu desenvolvimento.

A análise do arranjo institucional da separação dos poderes ganha potencial quando é pensada em perspectiva sucessiva a existência da Teoria Unitária do Poder, que vigorou por muitos séculos, sobretudo, em modelos com Monarquias Absolutistas. Tal perspectiva é contributiva na compreensão de limites e problemas que podem ser identificados no modelo institucional da separação dos poderes inerentes aos Estados Democráticos contemporâneos.

A análise do desenvolvimento institucional da separação dos poderes no Estado contemporâneo em uma pesquisa que tem como objeto principal o Direito Constitucional brasileiro deve considerar duas fontes: a origem do controle difuso de constitucionalidade no desenho institucional norte-americano e a origem do controle concentrado de constitucionalidade no debate entre Hans Kelsen (2009) e Carl Schmitt (1996), por razões que serão expostas a seguir.

Ao considerar que o modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil acumula tanto características do sistema difuso e do sistema concentrado, a apresentação de suas características e exposição de seus fundamentos e dilemas constituem-se em um ponto de partida incontornável para a exposição que se inicia.

O presente capítulo tem como diretriz a seguinte formulação de problema: A dificuldade de definição da supremacia nas relações entre os poderes está relacionada ao desenho constitucional contemporâneo? É possível identificar marcos institucionais que potencializam tal indefinição?

As hipóteses são respostas afirmativas para tais questionamentos, sendo possível indicar que o reconhecimento deste dilema institucional é um elemento imprescindível para a compreensão do funcionamento dos Estados democráticos contemporâneos. Também se responde que existem elementos suficientes que corroboram para a compreensão da elaboração do Estado de Bem-Estar social no século XX, como um modelo que elevou potencialmente em escala a complexidade da separação dos poderes, na medida que foi caracterizado pela ampliação dos direitos políticos, aumento do pluralismo partidário e inserção dos direitos sociais na ordem jurídica, com resultante desestabilização dos regimes políticos, conforme será exposto a seguir.

## 1.1 AS ORIGENS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS CONTEMPORÂNEOS: O MODELO DIFUSO E O MODELO CONCENTRADO

Como é de conhecimento, o modelo norte-americano foi amplamente difundido pelo mundo ocidental, sendo uma influência marcante no Direito Constitucional brasileiro desde a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

Se a construção da democracia representativa já havia apresentado seus desafios na Europa continental da Era das Revoluções do século XVIII e XIX, a tentativa de implementação de tal modelo em um território de dimensão continental certamente ensejou uma das maiores elaborações institucionais da Era Contemporânea, uma organização republicana e de forma federativa de dimensão continental (LESSA, 2012).

Inicialmente, vale destacar que existe uma questão central e indicativa da grande contribuição da obra *Os Artigos Federalistas* para o Direito Constitucional, Ciência Política, e áreas afins, que perpassa todos os seus artigos constitutivos e que pode ser assim resumida: Como pensar um modelo institucional que tenha no processo político majoritário um método predominante de decisão e que, ao mesmo tempo, evite que tais deliberações possam colocar em risco os direitos das minorias? (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993; BERCOVICI, 2004).

O grande desafio colocado pelos autores de “*Os Artigos Federalistas*” é o fornecimento de garantias aos Poderes de que não ocorrerão invasões indevidas por parte dos demais. Na obra é inegável a preocupação dos autores com o Poder Legislativo, que era concebido como demasiadamente influenciado por interesses descentralistas que colocavam em risco a elaboração do Estado Federal (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993).

Tal observação se demonstra relevante para diferenciar elaborações que são eminentemente teóricas, e apenas depois submetidas à experiência prática, daquelas como no caso em análise, quando se pode indicar que as relações entre inventividade institucional, justificação, e experiência empírica foram bastantes próximas:

O desafio teórico enfrentado por ‘O Federalista’ era o de desmentir os dogmas arraigados de uma longa tradição. Tratava-se de demonstrar que o espírito comercial da época não impedia a constituição de governos populares e, tampouco, estes dependiam exclusivamente da virtude do povo ou precisavam permanecer confinados a pequenos territórios. Estes postulados são literalmente invertidos. Aumentar o território e o número de interesses são benéficos à sorte desta forma de governo. Pela primeira vez, a teorização sobre os governos populares deixava de se mirar nos exemplos da Antiguidade, iniciando-se, assim, sua teorização eminentemente moderna. (LIMONGI, 2002, p. 247).



A análise sobre o Poder Legislativo se desenvolve pelo apontamento de dois pontos nucleares: se as Assembleias realmente representam o povo, pois na tensão entre as Assembleias que defendiam a legitimidade da união federativa e aquelas que advogavam pelos Estados mais resistentes tal representatividade fazia toda a diferença, além disso, também indica como problemática a competência do Poder Legislativo para aprovar o orçamento público, do que resultaria a possibilidade de subjugação dos demais poderes.

Outro aspecto que vale ser mencionado é a crítica que Hamilton<sup>4</sup> faz à supervalorização do desenho constitucional como suficiente para o solucionamento da questão referente à separação dos poderes.<sup>5</sup>

Frente a tantas dificuldades de garantir um governo livre a partir de um sistema de separação dos poderes, e também com o objetivo de se evitar que as paixões do povo sejam utilizadas de forma indevida, qual a solução proposta por Madison, Hamilton e Jay?

A única resposta que pode ser dada é que, uma vez que todas essas medidas externas se mostram inadequadas, deve-se sanar a falha arquitetando de tal modo a estrutura interna do governo que suas várias partes constituintes possam ser, por suas relações mútuas, instrumentos para a manutenção umas das outras em seus devidos lugares. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 349).

A obra compartilha do denominado ceticismo antropológico a partir do reconhecimento de que os homens são falíveis a desejos de poder, do que resultam justificadas as expectativas de que as instituições sejam elaboradas de tal forma a minimizar as ações negativas decorrentes do comportamento humano. Todavia, não se trata de uma fé absoluta nas instituições, pois os autores apontam seus limites e a importância do desenho institucional ser preparado para corrigir erros e limites no seu funcionamento (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993).

Neste ponto existe um recorte que é particularmente caro para o presente trabalho: o Poder Judiciário no desenho constitucional de *Os Artigos Federalistas*, vale a citação de um parágrafo por demais conhecido:

Todo aquele que considerar atentamente os diferentes poderes perceberá que, num governo em que eles estão separados, o judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos e a Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los. O executivo não só dispensa as honras

---

<sup>4</sup> Todos os artigos do Federalista foram assinados pelo codinome PUBLIUS, a edição brasileira da Editora Nova Fronteira traz ao final de cada artigo o nome de um dos autores, além de PUBLIUS. Existe um debate doutrinário se estas citações são rigorosas, todavia, vale mencionar que todos os capítulos sobre o Poder Judiciário na obra *O Federalista* consta como escritos por Hamilton.

<sup>5</sup> Tal ressalva é importante porque a agenda de pesquisa na área das Ciências Jurídicas no Brasil em algumas situações faz crer a possibilidade de uma separação estanque dos poderes da república, proposta já conhecida como impossível desde a sua origem por um dos seus principais formuladores.

como segura a espada da comunidade. O legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos serão regulados. O judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 479).

Ainda assim, a compreensão adequada da localização e funções exercidas pelo Poder Judiciário no seu delineamento constitucional originário é relevante, como também a indicação das expectativas sobre o funcionamento da separação dos poderes nesta obra seminal, seja para evitar análises anacrônicas ou expectativas que nunca foram objeto de equacionamento nas suas primeiras formulações.<sup>6</sup>

Particularmente, a identificação do Poder Judiciário com o menos perigoso entre os poderes da República será um dos mais férteis pontos de problematização da doutrina de vários países sobre este poder, com destaque para a norte americana e a brasileira.<sup>7</sup>

Inicialmente, é possível indicar que as possibilidades, limites e riscos da ampliação do projeto às tendências democráticas foi uma constante de reflexão de debate no decorrer do desenvolvimento de tal projeto institucional.

Em relação ao foco institucional do presente trabalho, as relações interinstitucionais entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, importa destacar que existe uma resistência em apresentar o Poder Judiciário como superior ao Poder Legislativo. Tal conclusão é defendida apenas indiretamente a partir do questionamento sobre a possibilidade de um ato legislativo contrário à Constituição ser considerado válido. Nesta seara, em sendo a resposta negativa, remanesce o Poder Judiciário como aquele que detém a última palavra porque possui a competência precípua de determinar quando a Constituição está sendo violada (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993).

A preocupação com as tendências descentralistas e visão negativa sobre o Poder Legislativo resulta na justificativa do Poder Judiciário como responsável pela neutralização do faccionismo daqueles que representam o povo.

A independência e insulamento do Poder Judiciário são garantidos pelas prerrogativas da carreira, como a vitaliciedade é apresentada como elemento de autonomia deste poder em

---

<sup>6</sup> Neste ponto há que se evitar análises que supõem a possibilidade de um delineamento adequado e bem definido sobre a separação dos poderes, e respectiva atuação do Poder Judiciário, como se o debate e riscos de intervenção de um poder em outro fosse uma novidade desta institucionalidade apenas no final do século XX e início do século XXI.

<sup>7</sup> *The least dangerous branch*, na formulação já clássica de Alexander Bickel (1986).

relação aos demais poderes majoritários, que são apresentados como suscetíveis das paixões populares por decorrência da sua submissão ao crivo eleitoral.

Na perspectiva de Madison, Hamilton e Jay (1993), apenas os juízes estariam em condições de equilíbrio para sobrepor as razões em detrimento das paixões populares que podem colocar em risco a institucionalidade do sistema político. A saber, o distanciamento do sistema político majoritário pelo Poder Judiciário é apresentado como uma prevenção às tendências sectárias e opressivas do amplo eleitorado. Nesta composição, a sua compreensão a respeito dos membros do Poder Legislativo apresenta-se bastante negativa:

Os membros do legislativo raramente serão escolhidos com base naquelas qualificações que tornam um homem apto para a posição de juiz; e assim, como isto dará maior motivo para temer as consequências nefastas da informação deficiente, haverá também, dada a propensão natural desses corpos a divisões partidárias, igual motivo para temer que o hábito pestilento do faccionismo envenene as fontes da justiça. A força de serem continuamente levadas de um lado para outro, tanto a lei quanto a equidade acabarão por ter suas vozes sufocadas. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 495).

Com isto, mesmo que os autores reconheçam a possibilidade de interferência do Poder Judiciário nos demais poderes é possível apontar um otimismo institucional com a performance do Poder Judiciário, cujos membros dotados de ponderação e alta capacidade saberiam selecionar os mais relevantes argumentos com base na razão. A atuação do Poder Judiciário é justificada como um elemento de correção dos riscos do sistema representativo.

Neste contexto, um marco no desenvolvimento institucional do Estado Nacional norte-americano foi a decisão do caso *Marbury versus Madison*, que reconheceu a possibilidade de o Poder Judiciário invalidar leis produzidas pelo Poder Legislativo e consideradas incompatíveis com a constituição:

A tese desenvolvida por Marshall no caso *Marbury v Madison* segue o raciocínio de Hamilton no *O Federalista* n. 78, e consiste ainda hoje na “justificativa – padrão” para o controle de constitucionalidade. Tal raciocínio lógico, formalmente bem construído, segue os seguintes passos: a nulidade da lei inconstitucional seria corolário da (i) supremacia da Constituição sobre as leis, já que, enquanto a primeira é fruto da vontade constituinte do povo a segunda é resultado da deliberação dos ‘meros representantes do povo’; e (ii) do Estado de Direito, na medida em que, se a Constituição visa a instituir e limitar os três departamentos estatais (sobretudo o Legislativo, tido como o mais perigoso dentre eles), parece intuitivo que as suas normas prevaleçam quando em conflito com as manifestações ordinárias dos três poderes (leis, decisões judiciais e atos administrativos), sob pena de não se verificar efetiva limitação. (BRANDÃO, 2019, p. 39-40).

Assim, feita uma sucinta apresentação das questões fundantes desta obra seminal que é *O Federalista*, vale destacar que se a influência do desenho norte-americano do final do século XVIII no Brasil é inegável, não se pode desconsiderar que no século XX aconteceram

mudanças institucionais nos Estados contemporâneos com expressivos impactos na separação dos poderes e, especificamente, na atuação do Poder Judiciário.

Assim, o percurso desenvolvido não pode minorar as grandes mudanças ocorridas a partir da elaboração do Estado de Bem-Estar Social no século XX, tal marco pode ser relacionado aos seguintes elementos inaugurais da social democracia nos Estados contemporâneos.

O primeiro é o reconhecimento dos direitos sociais na ordem jurídica, seja constitucional ou infraconstitucional, que implicou em uma mudança na forma como os poderes se relacionam, visto que a inserção em âmbito constitucional de questões caras ao funcionamento do sistema político e econômico ensejaram um significativo aumento de complexidade e expectativa sobre as instituições, com mudanças estruturais sobre as relações entre os poderes da República.

Um segundo elemento, que também precisa ser considerado neste contexto, é a ampliação dos direitos políticos, ocorrida na primeira metade do século XX, que resultou na participação de um grande número de pessoas no processo eleitoral, com consequente aumento de expectativa sobre o sistema político, pela inegável extensão do pluralismo político e partidário que foi marcante neste processo.

Neste ponto, Martin Shapiro indica que o aumento do pluralismo ocorrido no século XX será uma condicionante a ensejar uma maior e necessária atuação do Poder Judiciário para a tomada de decisão sobre questões fundamentais: “Uma maneira de encarar a judicialização nos EUA, portanto, é como uma espécie de extensão lógica e pragmática da política pluralista, de grupos de interesse e de questões únicas americanas das legislaturas e executivos para os tribunais”.<sup>8</sup> (SHAPIRO, 1995, np, tradução nossa).

Tais mudanças não passaram ao largo do sistema da separação dos poderes, a Suprema Corte norte-americana passou por mudanças de posicionamento a partir da década de 30, que fizeram questionar a perspectiva mais contida deste poder no funcionamento da República.

Um caso emblemático é a discussão em torno da Era Lochner<sup>9</sup>, na qual iniciativas aprovadas pelo Poder Legislativo de uma maior intervenção do Estado nas relações de trabalho foram submetidas à Suprema Corte e com um posicionamento de resistência a este tipo de legislação, por reconhecê-las como inconstitucionais por violação à livre iniciativa.

---

<sup>8</sup> “One way to look at judicialization in te U.S., then, is as a sort of logical and pragmatic extension of American pluralist, interest group, single-issue politics from legislatures and executives on to courts”. (SHAPIRO, 1995, np).

<sup>9</sup> Compreende entre os anos de 1905-1937 (SUNSTEIN, 2009, p. 55).

Neste sentido, não parece um exagero supor que ocorre uma mudança na compreensão do Poder Judiciário, seja politicamente, a partir da qual o Poder Executivo de Franklin Roosevelt chegou a ameaçar o número de ministros da Suprema Corte para com um maior número de indicados diminuir a resistência aos seus planos políticos, seja também no campo da produção científica, que passou a reconhecer no Poder Judiciário como um elemento não apenas refratário a eventuais desvios do modelo da separação dos poderes, mas também como um poder influente no desempenho das relações dos poderes entre si.

O fundamento das decisões da Era *Lochner* era de que não cabia ao Estado interferir na autonomia das partes no estabelecimento de contratos, neste contexto ainda era inicial o reconhecimento de que as relações de trabalho são formadas por partes em situações de graves diferenças de poder.

Um ponto importante para o presente trabalho e que é destacado por Cass Sunstein (2009) é a papel da neutralidade no processo decisório da Suprema Corte como um elemento de validação do devido processo legal. Assim, a declaração da inconstitucionalidade das leis estaduais protetivas dos empregados era concebida como demasiadamente paternalista e parcial na defesa do Estado em relação a homens livres e capazes de estabelecer relações entre si. Apenas uma lei passível de justificação pública poderia ultrapassar uma atuação desproporcional do Estado em determinado sentido (SUNSTEIN, 2009).

Assim, a interpretação dada pelos tribunais em relação ao instituto do devido processo legal será nuclear para a análise das relações interinstitucionais entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, conforme se pretende fazer nesta pesquisa. Neste contexto, as mudanças na interpretação sobre a concepção de devido processo legislativo serão identificadas como um ponto de inflexão nas possibilidades de interferência de um poder no outro.<sup>10</sup>

Conforme se pretende enfatizar, é possível apontar que na primeira metade do século XX aconteceram mudanças jurídicas e políticas com grande impacto no sistema da separação dos poderes e, particularmente, das funções do Poder Judiciário nesta formulação.

Se a análise do modelo norte-americano precisou retroceder até a formação dos EUA e do controle difuso de constitucionalidade, por decorrência da ampla influência deste arranjo nos países ocidentais, incluindo o Brasil, e considerando que tal trajeto foi profundamente impactado na primeira metade do século XX. Conforme assinalado, é importante destacar que

---

<sup>10</sup> No caso da Suprema Corte norte-americana apenas em 1937 com a decisão *West Coast Hotel v. Parish* será possível identificar uma superação da denominada Era *Lochner*, conforme será demonstrado nos próximos capítulos.

tais questões se apresentaram com maior clareza naqueles Estados de formação tardia e abrupta.

Considerando a proposta deste trabalho de analisar as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, é importante não se descuidar do recorrente binômio analítico que contrapõe o modelo norte-americano e o modelo europeu da separação entre os poderes, destacadamente, a institucionalidade do controle de constitucionalidade.

Na comparação entre a Constituição do Império de 1870 e a Constituição de Weimar de 1919 é possível acompanhar, em um curto período de tempo, as dificuldades de alteração de uma institucionalidade fortemente influenciada por uma concepção da Teoria Unitária do Poder para um sistema de separação dos poderes inserido em uma sociedade com alto grau de pluralismo político.

Não sem motivo uma questão que será cara ao debate weimariano é a relação entre unidade *versus* pluralidade, integridade *versus* desintegração do sistema político. E, conforme se pretende apresentar, este debate tem repercussão direta nas competências constitucionais de cada poder defendido pelos respectivos expoentes desta geração de juristas.

O resultado da eleição da Assembleia, cujo o principal trabalho será a Constituição de Weimar de 1919, foi caracterizado por um elevado grau de pluralismo, no qual partidos políticos representantes de um eleitorado a cada dia mais amplo tentariam aprovar medidas de caráter social e encontrando grande resistência por parte dos representantes políticos herdeiros da concepção de Estado e Sociedade da Alemanha Imperial. Em tradução livre:

O antigo sistema de escrutínio majoritário foi abandonado pelo sistema de escrutínio proporcional. Naturalmente, o sistema prussiano (de classe) foi abolido. As mulheres votaram e os soldados também. A maioria da idade política foi determinada nos 20 anos (embora a maioria da idade civil permanecesse determinada nos 21 anos). A participação eleitoral atingiu 83%. (KLEIN, 1970, p. np, tradução nossa).<sup>11</sup>

A ampliação do eleitorado e do pluripartidarismo colocaria em risco a visão de estabilidade do regime político que era compartilhada durante o período imperial. O processo constituinte não passou ao largo desta ampliação do espectro político, um resultado claro desta composição mais heterogênea da Assembleia Constituinte do projeto weimariano foi a inserção dos direitos sociais na ordem constitucional.

---

<sup>11</sup> “O antiguo sistema de escrutinio mayoritario fue abandonado por el sistema de scrutinio proporcional. Naturalmente, el sistema prusiado (por clases) fue abolido. Votaron las mujeres, y también los soldados. La mayoria de edad política fue determinada em los 20 años (aun cuando la mayoria de edad civil siguió determinada em los 21 años) La participación electoral alcanzó al 83%”. (KLEIN, 1970, np).

Trata-se de um debate que foi muito bem exposto na doutrina brasileira pelo trabalho de Gilberto Bercovici (2003), que indica como as muitas correntes políticas componentes da Assembleia Constituinte tiveram como resultado um aumento do conflito político sobre o tema dos direitos sociais, que era um divisor de águas entre o modelo de Estado Liberal clássico e o modelo de Estado de Bem-Estar Social interventor na economia.

O pressuposto desta pesquisa, pouco enfatizado na produção científica do Direito no Brasil, é que a separação de poderes, e o processo legislativo, temas centrais no presente trabalho, foram impactados diretamente pela ampliação dos direitos políticos e sociais, aumento do pluripartidarismo e das demandas assumidas pelo Estado de Bem-Estar Social.

Esse conjunto de reivindicações, demandas e expectativas sobre o Estado tem um grande impacto de instabilidade nos regimes políticos da primeira metade do século XX.<sup>12</sup> E é nesse quadro que se considera o dever de realizar um debate a respeito da necessidade de um guardião da constituição nos Estados contemporâneos.

Um debate que é indicativo deste contexto ocorreu na primeira metade do século XX, quando a Teoria Constitucional foi campo para a argumentação entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, no qual é possível verificar com clareza o quanto estas novidades institucionais impactariam o Estado contemporâneo (CALDWELL, 1997).

O debate sobre quem deve ser o guardião da Constituição ganhou uma importância prática e institucional quando os modelos institucionais disponíveis no Estado Liberal clássico não conseguiam garantir a estabilidade almejada para o sistema. Assim, se no entre guerras Carl Schmitt defendia a predominância do Poder Executivo como responsável pela manutenção da identidade do regime, Hans Kelsen depositava seus melhores argumentos na defesa do exercício de tal função pelo Poder Judiciário, via controle concentrado de constitucionalidade.

A localização de Carl Schmitt como um autor em contexto de mudanças é um elemento que auxilia a compreensão das suas críticas ao constitucionalismo liberal. Nos próximos parágrafos serão apontados elementos nucleares da sua crítica de modo a melhor justificar a sua proposta de guardiania da Constituição no debate com Hans Kelsen.

---

<sup>12</sup> A inauguração do modelo de Estado de Bem Estar Social no Brasil ocorreu na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, sendo que o reconhecimento dos direitos sociais no país não aconteceu sem percalços. Assim como na Alemanha, houve uma grande resistência pela doutrina jurídica pátria a respeito da juridicidade dos direitos sociais, reconhecidos durante décadas como normas programáticas, para um resgate da trajetória dos direitos sociais no Brasil. (KERSTENERTZKY, 2012). Para uma análise dos direitos sociais na Assembleia Constituinte de Weimar (BERCOVICI, 2004a), para uma análise do debate na Suprema Corte sobre os direitos sociais no *new deal* norte-americano. (BUSSIERE, 1999).

Na obra *Teologia Política*, com primeira publicação em 1922, Carl Schmitt (1996) critica a construção liberal do Estado de Direito como um desenho institucional com condições de estabelecer limites ao exercício do poder. Carl Schmitt desenvolve uma visão de não rompimento entre o teologismo medieval e o advento do Estado contemporâneo. Neste sentido, a Teoria Unitária do Poder Monárquico absolutista é apresentada sob uma perspectiva de estabilidade necessária à organização do Estado, assim, influenciado pelo teologismo de Donoso Cortes, o Estado Liberal é concebido como enfraquecedor do poder, ao tentar neutralizá-lo para não violar direitos fundamentais ocorre grande instabilidade do regime político (BUENO, 2017).

Trata-se de uma concepção diametralmente oposta aos objetivos jurídicos e políticos do constitucionalismo liberal, que visava o controle do poder do Estado pelo Direito, em uma concepção elementar da ideia de *rule of law*. Na obra citada, Carl Schmitt (1996) vai propor uma interpretação eminentemente política do conceito de soberania, ao indicar que soberano é aquele que decide no estado de exceção, isto é, em situações não previstas ou reguladas pelo direito.

Uma estratégia discursiva que é recorrente na argumentação schmittiana encontra-se na diferenciação que o mesmo faz entre o liberalismo e a democracia.<sup>13</sup> A democracia parlamentar é concebida como um sistema institucional no qual as discussões não chegam a nenhuma conclusão que não seja escamotear a visualização do processo decisório efetivo:

A crença no sistema parlamentar num *government by discussion*, pertence ao mundo intelectual do liberalismo. Não pertence à democracia. O liberalismo e a democracia devem ser separados, para que se reconheça a imagem heterogênea montada que constitui a moderna democracia de massas. (SCHMITT, 1996, p. 10).

Neste panorama, poucas obras são tão emblemáticas à visualização dos impactos do advento da social democracia na obra schmittiana, e de que modo o seu trabalho visa apresentar soluções para estes dilemas postos para a Teoria do Estado contemporânea.

Conforme ficará exposto na sua obra Teoria da Constituição, Carl Schmitt concebe a democracia como um regime da unidade, integração e centralismo. Neste contexto, a disposição eleitoral do direito ao sufrágio para um número maior de eleitores, como mulheres

---

<sup>13</sup> Tal estratégia também ocorre na sua análise sobre o conceito de ditadura, que para o liberalismo é caracterizado pela ruptura do Estado Democrático de Direito, e para Carl Schmitt estará relacionado à um mecanismo de manutenção do soberano e do seu poder, conforme exposto nas suas obras *Sobre a Ditadura* (1921) e *Teologia Política*. (1922). E também no seguinte trecho: “É importante observar a evidência de que a ditadura não é o oposto da democracia. Mesmo durante um período transitório deste tipo, sob o domínio de um ditador, a identificação democrática pode predominar, e a vontade do povo ser a única determinante”. (SCHMITT, 1996, p. 29).



e trabalhadores, deu ensejo à uma fragmentação demasiada da ideia de povo, impedindo a sua compreensão com um regime democrático em sentido schmittiano.

Ao considerar um autor que concebia a Teoria Unitária do Poder Monárquico como referência de gestão adequada do poder estatal, o pluralismo para Carl Schmitt era um problema diretamente decorrente da institucionalidade liberal, que visava negar a existência do poder, neutralizar seu exercício e escamotear o processo de tomada de decisão.

Interessante destacar a interpretação que Carl Schmitt (1996) faz da relação entre pluralismo e ordem jurídica no pensamento do seu antagonista Hans Kelsen. Segundo Schmitt (1996), a proposta kelseniana foi uma tentativa de deslocar a necessária unidade do âmbito da política, para o âmbito do ordenamento jurídico.

Vale destacar, a tentativa de inserir este debate em uma discussão mais ampla a respeito das Teorias Democráticas contemporâneas, visando enquadrar as propostas tanto de Carl Schmitt quanto de Hans Kelsen como ensaios de solucionar os desafios insurgentes de uma democracia de multidões que foram instituídas no início do século XX.

A hipótese desta pesquisa, conforme se pretende demonstrar, é que os dilemas da democracia contemporânea identificados por Carl Schmitt encontrarão resultados distintos para a sua solução. Sendo o debate a respeito da guardiania da Constituição um claro panorama das possibilidades institucionais elaboradas à época.

Neste contexto, um modelo inaugural surgiu na Europa continental com a redação do projeto da Constituição da Áustria de 1920, no qual Hans Kelsen apresenta uma proposta de delineamento de um Tribunal Constitucional para o exercício do controle de constitucionalidade.

O ponto seminal para o conhecimento da sua proposta é a palestra “A garantia jurisdicional da Constituição -Exposições e debates”, na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público, no qual o autor apresenta o seu projeto em acordo com as suas principais concepções do Direito Público.

Vale destacar que o projeto epistemológico de Hans Kelsen (2009) ainda seria escrito, com a publicação da obra Teoria Pura do Direito, publicada em sua primeira edição em 1934, mesmo assim é possível indicar com clareza que os elementos positivistas da sua concepção jurídica já são marcantes no seu debate com Carl Schmitt.

O positivismo marcante na obra de Hans Kelsen pode ser considerado legatário da Teoria do Estado de Laband, autor responsável pelo desenvolvimento das concepções predominantes no Império Alemão. No texto kelseniano fica evidente de que modo a mudança da forma de governo da Monarquia para a República, regulada pelas leis, daria

ensejo ao advento da questão que tornar-se-ia central sobre o controle de constitucionalidade (KELSEN, 2003).

É importante lembrar que o projeto epistemológico de Hans Kelsen (2003) organizava o ordenamento jurídico a partir de uma pirâmide, sendo a Constituição o seu mais elevado vértice normativo, abaixo apenas da norma hipotética fundamental. Segundo o próprio, tal elaboração não era pertinente nas monarquias vigentes no período, visto que a elaboração da lei era atestada pelo próprio monarca no exercício da sua sanção.

Assim, Hans Kelsen (2003) relaciona diretamente a necessidade de desenvolvimento institucional do controle de constitucionalidade a partir do delineamento da separação dos poderes, e de uma distinção entre poder constituinte da Constituição e o Poder Legislativo ordinário responsável pela elaboração das normas infraconstitucionais, passíveis de controle.

Com a apresentação de um novo projeto de organização do Estado, em formato contemporâneo, republicano, com a institucionalidade da separação dos poderes, e dentro de um parâmetro do Estado de Direito, as diferenças entre as normas constitucionais e a legislação comum ficaram mais evidentes, enfatizando com isto a centralidade do controle de constitucionalidade neste novo modelo (KELSEN, 2003).

Assim como em James Madison, Alexander Hamilton e John Jay (1993) e Carl Schmitt (1996), Hans Kelsen (2003) também considera que seria um grande erro depositar no Poder Legislativo a responsabilidade pelo exercício do controle de constitucionalidade. Isto porque trata-se do poder que elabora as leis e seria contraditório, na perspectiva do autor, supor que o mesmo teria este elevado nível para controlar-se a si próprio.

Disto chega-se à proposta kelseniana de apresentação de um Tribunal Constitucional como responsável pelo controle de constitucionalidade, em sua proposta o mesmo deveria ser formado por um número pequeno de membros, pois a sua função prioritária seria criar o Direito. Trata-se, assim, de um sistema garantidor de que as leis criadas pelo Poder Legislativo estariam de acordo em seus aspectos processuais, procedimentais e materiais com a Constituição:

Entre as numerosas garantias puramente preventivas possíveis, encontra-se e deve ser aqui considerada antes de mais nada a organização em tribunal da autoridade que cria o direito, isto é, a independência do órgão — pela inamovibilidade, por exemplo —, consistindo essa independência em que ele não pode ser juridicamente obrigado, no exercício das suas funções, por nenhuma norma individual (ordem) de outro órgão, em particular de um órgão superior ou pertencente a outro grupo de autoridades, e por conseguinte em que só está preso às normas gerais, essencialmente às leis e aos regulamentos (KELSEN, 2003, p. 139).

Frente ao aumento exponencial de complexidade das relações entre os poderes em um contexto de uma democracia que se modifica, Hans Kelsen (2003) propõe um desenho de balanceamento ao sistema majoritário, ao criar um poder que regula a elaboração das demais leis a partir de uma perspectiva formal e também de proteção das minorias políticas.

Além da proposta de criação de um Tribunal Constitucional, outra inovação a ser destacada diz respeito ao modo de exercício do controle de constitucionalidade. O modelo norte-americano é tradicionalmente difuso, caracterizado pela possibilidade de cada órgão jurisdicional ter competência para afastar a vigência de uma norma reconhecida como incompatível com a Constituição, sendo os efeitos desta decisão restritos aos polos processuais. Tal configuração é fortemente relacionada à garantia dos direitos fundamentais. Na proposta kelseniana, apenas e exclusivamente o Tribunal Constitucional é responsável pelo exercício de tal competência, do que deriva inegável centralização decisória e aumento da importância institucional deste órgão na organização do Estado em análise. A seguir é possível analisar a explicação do autor dos motivos pelos quais o sistema de controle de constitucionalidade deveria ser concentrado, e não difuso como o modelo norte-americano (KELSEN, 2003).

Com base na perspectiva que vem sendo desenvolvida neste capítulo, que tem como objetivo relacionar estas propostas institucionais no contexto do debate das democracias contemporâneas, vale também apresentar uma análise do projeto de Hans Kelsen como uma tentativa de equacionar o pluralismo e aumento de complexidade que o sistema jurídico e político estava submetido na primeira metade do século XX. Neste sentido, se a Política ganha em pluralidade e tendências de desagregação, por decorrência da ampliação dos direitos sociais e dos direitos políticos, é necessário que o Direito mantenha sua unidade como elemento de estabilização do regime.

Assim, conforme o século XX tem demonstrado de forma repetida, se as relações entre os poderes Legislativo e Executivo, o Estado e a Sociedade são por demais instáveis, tornando-se necessário, na perspectiva do autor, um desenho constitucional equidistante, com possibilidade de guardar, cumprir e defender a Constituição, e ainda preservar os direitos fundamentais. A citação é extensa, mas bastante emblemática:

Ao lado dessa significação geral comum a todas as Constituições, a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais.

Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria (KELSEN, 2003, p. 181).

As críticas de Carl Schmitt a este modelo são desenvolvidas do extremo oposto, em chave antiformalista e contrária à toda e qualquer institucionalidade que apresente elementos do pensamento liberal.

Segundo Carl Schmitt (1996), o debate sobre a guarda da Constituição é um assunto a ser analisado sob a perspectiva do Direito Material, das relações de Poder, e daqueles que possuem condições de representar com maior unidade a decisão política fundamental de fortalecimento do Estado e da Constituição.

Conforme já apresentado, as distinções entre conceitos que lhes são elementares são tão grandes que possibilitam perguntar se seria possível um diálogo em tal contexto. Visando indicar estas diferenças, importa destacar o que Hans Kelsen compreende como Constituição para além de uma regra de procedimento.<sup>14</sup>

Na perspectiva schmittiana, a Constituição é um ato de vontade política, que precisa ser compreendida como um resultado dinâmico das relações de poder, na decisão prévia de um povo que decide se constituir como nação, no estabelecimento de um Estado, com determinada organização e forma de governo.<sup>15</sup>

Com isto, conforme assinalado, é possível indicar distinções continentais entre a concepção de Constituição de Hans Kelsen (2003) e Carl Schmitt (1996), que impactam diretamente na forma como cada autor concebe o controle de constitucionalidade e a guardiania da Constituição.

Em 1929, Carl Schmitt escreve a obra *O Guardiã da Constituição*, que foi ampliada no ano de 1931. Neste debate, além da precaução e ressalva sobre as diferenças conceituais entre os dois autores, pontualmente, importa destacar um elemento central da divergência que envolve o conceito de adjudicação constitucional.

---

<sup>14</sup> “A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta”. (KELSEN, 2003, p. 132).

<sup>15</sup> “A constituição no sentido positivo se origina de uma ação do poder de constituição. O ato de estabelecer uma constituição como tal não envolve nem separa conjuntos de normas. Em vez disso, determina a totalidade da unidade política em relação à sua forma peculiar de existência por meio de uma única instância de decisão”. (SCHMITT, 2008, p. np). No original: “The constitution in the positive sense originates from an act of the constitution-making power. The act of establishing a constitution as such involves nor separate sets of norms. Instead, it determines the entirety of the political unity in regard to its peculiar form of existence through a single instance of decision”. (SCHMITT, 2008, p. np).

Inicialmente, as diferentes concepções possíveis sobre o conceito de guardião da Constituição na obra de Carl Schmitt, na interpretação apresentada por Cláudio Ladeira de Oliveira é preciso diferenciar uma primeira conotação mais próxima à um soberano que se encontra acima dos demais poderes, e em uma relação de hierarquia, e uma segunda concepção mais próxima a um poder responsável pela coordenação dos demais e, sobretudo, comprometido com ações preventivas às crises da ordem jurídico constitucional, o que teria como resultado a exclusão da apresentação da sua proposta como um prenúncio de propostas autoritárias (OLIVEIRA, 2020).

O esforço teórico kelseniano é identificar o exercício da adjudicação constitucional em uma perspectiva eminentemente jurídica, esta construção justificaria a existência de um Tribunal Constitucional equidistante do sistema político majoritário, de seus conflitos e disputas eleitorais, em condições de garantir via jurisdição constitucional a unidade jurídica e lógica do ordenamento.

Segundo Carl Schmitt (1996), esta construção é uma forma de neutralizar o elemento político de funcionamento do Estado, despolitizando suas decisões essenciais, e com isto enfraquecendo sua força constitutiva. O que para Hans Kelsen (2003) é independência do Poder Judiciário, para Carl Schmitt (1996) será neutralização do Poder Executivo, segundo este, a decisão sobre o controle de constitucionalidade, a adjudicação constitucional, é uma decisão de caráter político, que não pode ser neutralizada pela técnica do Direito.

Neste ponto é necessário fazer justiça ao trabalho de Hans Kelsen no seguinte sentido, segundo Alec Stone Sweet indica, o autor austríaco não considerava que os direitos sociais deveriam fazer parte da ordem constitucional:

Kelsen acreditava que as constituições não deveriam conter os direitos humanos, que ele associou à lei natural, por causa de sua natureza aberta. O julgamento de reivindicações destes direitos inevitavelmente enfraqueceria o domínio do positivismo sobre os juízes, minando assim a legitimidade do próprio judiciário, uma vez que os juízes se tornariam os legisladores. (SWEET, 2002, p. 36).<sup>16</sup>

Este ponto é relevante no debate sobre adjudicação constitucional porque no texto schmittiano as referências aos direitos sociais como uma consequência do pluralismo do Poder Legislativo são uma constante, e este ponto é central na sua crítica à proposta de Hans Kelsen.

---

<sup>16</sup> “Kelsen believed that constitutions should not contain human rights, which he associated with natural law, because of their open-ended nature. Adjudicating rights claims would inevitably weaken positivism’s hold on judges, thereby undermining the legitimacy of the judiciary itself, since judges would become the law-makers”. (SWEET, 2002, p. 36).

Assim, a técnica da adjudicação constitucional proposta pela dogmática estritamente jurídica de verniz kelseniano não tinha como objeto de julgamento os direitos de segunda geração, muito menos as cláusulas abertas que seriam inclusive ampliadas na segunda metade do século XX, com inegável avanço ao papel do Poder Judiciário no funcionamento dos Estados democráticos contemporâneos:

Às vezes, as próprias constituições podem referir-se a princípios (de lei natural), que envolvem os acordos de equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., sem definir o que se entende por esses termos. Mas, com respeito à justiça constitucional, esses princípios podem desempenhar um papel extremamente perigoso. Um tribunal poderia interpretar essas disposições constitucionais, que convidam o legislador a honrar os princípios de justiça, equidade, igualdade ... como requisitos positivos para o conteúdo da lei. (KELSEN apud SWEET, 2002, p. 36).<sup>17</sup>

Inclusive, vale destacar que o reconhecimento dos direitos de segunda geração, os direitos sociais, foram objeto de grande debate na Assembleia Constituinte de Weimar, visto que muitos dos seus membros não reconheciam juridicidade nestes termos (BERCOVICI, 2004a).

O que se pretende apontar é que a inserção dos direitos sociais na ordem constitucional foi um elemento que aumentou de forma exponencial a instabilidade do regime. Neste aspecto, a ampliação do eleitorado e maior atuação dos partidos de esquerda no Poder Legislativo foi um elemento de tensionamento dos limites de democratização do regime.

Por decorrência disto, a figura sobre quem seria o Poder Republicano responsável pelo controle em última instância tornar-se-ia central no debate sobre os Estados contemporâneos. E esse foi o divisor de águas entre Hans Kelsen e Carl Schmitt.

No texto schmittiano, a expectativa de existência de um poder neutro poderia significar a perda da unidade da organização estatal. Neste aspecto, a relação traçada pelo autor entre ampliação dos direitos políticos, a inserção dos direitos sociais na ordem jurídica e o desenvolvimento da característica pluralista de uma sociedade que estabelece um pacto compromissório de vários grupos em torno da Constituição implicava um risco à unidade do Estado que apenas a figura do chefe do Poder Executivo, não neutralizado politicamente, poderia se opor (SCHMITT, 2007).

As principais críticas de Carl Schmitt (2007) ao Tribunal Constitucional como guardião da Constituição se encontram na proposta de que a independência judicial remeteria

---

<sup>17</sup> “Sometimes constitutions themselves may refer to (natural law) principles, which involve the deals of equity, justice, liberty, equalitu, morality, etc., without in the least defining what are meant by these terms.... But with respect to constitutional justice, these principles can play an extremely dangerous role. A court could interpret these constitutional provisions, which invite the legislator to honor the principles of justice, equity, equality... as positive requerements for the contents law”. (KELSEN apud SWEET, 2002, p. 36).

à uma situação de neutralidade política. Segundo o mesmo, tal proposta de neutralidade é um elemento de enfraquecimento das bases democráticas do Estado que o autor conhece apenas no Poder Executivo.

Em pertinente ponderação, Cláudio Ladeira de Oliveira (2020) destaca o problema adequadamente apontado por Carl Schmitt, da tentativa de neutralização dos conflitos políticos por trás da lógica da imparcialidade do Poder Judiciário, a partir da operacionalização do conceito de judicialização da política e politização da justiça fica claro que ao invés de se resolver de forma neutra e imparcial os conflitos políticos ter-se-ia como resultado o efetivo risco de politização do Poder Judiciário:

O fato é que a “judicialização da política” leva inevitavelmente à “politização da justiça”: a tentativa de anular o risco de arbitrariedade política transferindo a autoridade das decisões para instituições judiciais produzirá inevitavelmente como resultado a politização dessas instituições. Em primeiro lugar porque seus membros precisarão inevitavelmente decidir qual das alternativas de regulação em disputa valerá de forma impositiva para todos os membros da comunidade, o que em si mesmo será um ato político em sua essência. Em segundo, se tal instituição passa a ser percebida pelos demais agentes políticos como um “participante do jogo”, as forças relevantes tentarão ocupar também esse espaço de elevada legislação. Ao fim, o jogo político estará sendo travado de forma menos pública, até certo ponto blindado de críticas em função de certa imagem de imparcialidade judicial ainda remanescente, mas de forma não menos intensa ou potencialmente arbitrária. (OLIVEIRA, 2020, p. 81).

Um aspecto vale destacar, que em pese todas as indicações do pensamento de Carl Schmitt como justificador de regimes autocráticos e autoritários é que a sua justificativa é apresentada como democrática.

Entre os anos de 1930 e 1931, Hans Kelsen responde a Carl Schmitt com o texto “*Quem deve ser o guardião da constituição?*”, segundo o qual a crítica de falsa neutralidade do Poder Judiciário é equivocada, o autor não desconsidera a faceta política das questões que são submetidas ao Poder Judiciário, mas defende que isto não exclui a possibilidade de tal órgão exercer a jurisdição de forma técnica a partir dos postulados dogmáticos do direito (KELSEN, 2003).

A informação de que Hans Kelsen não considerava as cláusulas abertas como adequadas à adjudicação, como também o reconhecimento supracitado por parte do mesmo sobre a dimensão política do processo decisório do Tribunal Constitucional, coloca seu projeto teórico em um nível mais complexo do que a interpretação ordinária faz supor.

Uma interpretação positiva do projeto kelseniano foi a clarividência de Hans Kelsen em compreender as eventuais tendências desagregadoras dos regimes políticos a partir de movimentos não apenas majoritários, mas também plebiscitários, tais quais os movimentos

autoritários e totalitários da primeira metade do século XX, de modo que a sua proposta de um Tribunal Constitucional para o exercício do controle de constitucionalidade inegavelmente deve ser reconhecida como um esforço de engenharia constitucional de inegável contribuição, o que não significa que o mesmo seja infalível, ou despido, de possíveis aperfeiçoamentos.

A saber, as questões referentes às relações do Poder Judiciário como poder contramajoritário e os demais poderes majoritários continuam como um flanco aberto e carente de metodologias elaboradas suficientemente para a análise da separação dos poderes em processos historicamente dados, com incremento das normas abertas nas Constituições contemporâneas e amplos compromissos de caráter social que impactam de forma direta a separação dos poderes.

Além das inovações institucionais do Estado de Bem-Estar Social, as experiências do entre guerras foram mais um elemento à aumentar a complexidade do modelo, tanto pelos direitos políticos e sociais, mas também pela busca de uma nova fundamentação na organização dos Estados democráticos.

O objetivo deste tópico foi apontar as dificuldades presentes no desenho constitucional para dar conta das expectativas incidentes sobre as democracias contemporâneas, seja no primeiro momento no formato inovador da democracia madisoniana, seja no segundo referente a inserção de tais postulados em um projeto de Estado Nacional de formação tardia. Além disso, acrescido pela complexidade da ampliação dos direitos políticos, reconhecimento do direito do voto para as mulheres e atuação política de partidos de esquerda no espaço legislativo, como também a consequente inserção dos direitos sociais nas ordens jurídicas a partir da Constituição do México de 1917, Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.

Isto, para dizer que existe uma dificuldade institucional na primeira metade do século XX, que colocou questionamentos sobre a organização dos Estados contemporâneos por decorrência destas novas características. As alterações ocorridas no conceito de democracia no século XX expuseram dificuldades de ordem institucional para este regime político. Neste ponto, as propostas dos Federalistas, Hans Kelsen e também de Carl Schmitt tentam dar conta dessas demandas.

Assim, entre a pluralidade das possibilidades institucionais que o século XX apresentou, a doutrina contemporânea da segunda metade do século XX vai depositar suas expectativas no fortalecimento institucional do Poder Judiciário para a solução destes impasses, em que pese o sucesso de tais formulações, amplamente difundidas, os resultados obtidos não foram suficientes para uma análise demasiadamente otimista, pois uma análise



mais distanciada das referências autocentradas no Poder Judiciário indica que as questões teórico democráticas de fundo persistiram na segunda metade do século XX, como também o modelo de separação dos poderes não passou incólume à mudanças tão profundas.

Neste ponto, o debate sobre do impacto das alterações supracitadas na separação dos poderes do Estado contemporâneo deve ser merecedor de muito mais atenção. A doutrina brasileira e a produção científica em muitas situações não enfocam com a devida prioridade as mudanças institucionais da primeira metade do século XX, por decorrência disto, tende a equacionar aquelas propostas não liberais a partir do pensamento liberal clássico, fazendo com que sejam perdidas questões fundantes da Teoria Democrática que não são devidamente respondidas, mas permanecem como limites à análises que buscam um desenho constitucional perfeito para a solução destas tensões (DAHL, 2006).

Assim, particularmente, em relação a separação dos poderes, antes de concluir que o modelo kelseniano inserido em Constituições como a brasileira de 1988 resolveu as questões fundamentais das democracias contemporâneas, é preciso indicar a sua contribuição de elaborar um paradigma de viés normativo para a solução destes problemas, mesmo que o funcionamento dos regimes políticos em recortes historicamente dados não tenha um desempenho no mesmo nível que a expectativa teórica elaborada.

No próximo item, será verificado de que modo, na segunda metade do século XX e no início do século XXI, mesmo com uma significativa elaboração hermenêutica no Direito Constitucional, ainda continuarão persistindo questões que são, segundo defendidas nesta pesquisa, democraticamente insuscetíveis de uma definição apriorística, a saber, qual o poder da República com mais legitimidade para a apresentação de respostas definitivas sobre casos de alto dissenso. Contexto que resulta na necessidade de uma articulação entre as teorias normativas e os resultados empíricos organizados.

## 1.2 TEORIAS NORMATIVAS E INSTITUCIONALIDADE DEMOCRÁTICA: SOBRE A DIFICULDADE DE DEFINIÇÃO DA ÚLTIMA PALAVRA

Após as experiências traumáticas da primeira metade do século XX, a aposta institucional ocorreu sobre o Poder Judiciário, sendo a hermenêutica um importante campo de apoio no desenvolvimento de justificativas pelas quais o Poder Judiciário desenvolveria tão elevadas competências constitucionais, pressionado pela condição de guardião da Constituição, dos Direitos Fundamentais, e também pela garantia de manutenção dos aspectos centrais das democracias contemporâneas instituídas nas cláusulas pétreas.

No campo da produção doutrinária, e também de pesquisa, das Ciências Jurídicas, tal tendência foi até certo ponto exagerada, afastando-se de complexidades, obstáculos e condicionantes, inegáveis para o cumprimento destas tarefas nos termos das expectativas geradas.

A despeito disto, a doutrina da separação dos poderes, suas mudanças e limitações, não chegou a ganhar muita atenção no âmbito das ciências sociais no Brasil, ainda que existam autores que apontem a necessidade de um melhor desenvolvimento sobre este enfoque. Por sua vez, as pesquisas nas ciências jurídicas foram responsáveis pela indicação do Poder Judiciário como aquele que mais ganhou projeção nesta nova configuração posterior a segunda metade do século XX, seja no sentido normativo como ocorreu nas relevantes contribuições das Teorias de Justiça de John Rawls e Ronald Dworkin no âmbito da Teoria do Direito, seja em uma perspectiva de análise institucional, como a obra fundamental de C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (DWORKIN, 2000, 2014; RAWLS, 2000; TATE; VALLINDER, 1995).

Assim, é possível indicar que a projeção do Poder Judiciário no período posterior a Segunda Guerra Mundial foi amplamente majoritária nas ciências jurídicas, ganhando atenção também em análises de cientistas políticos no Brasil, como consta na já clássica pesquisa coordenada por Luís Werneck Vianna, no país (VIANNA et al., 2014).

Diante do que vem sendo exposto, o autor Ronald Dworkin (2000) defende que a relação entre democracia e controle de constitucionalidade é de complementação, e não de oposição. Assim, a dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário não é suficiente para afastar a importância deste poder para a qualificação das democracias contemporâneas. O ponto essencial no seu trabalho diz respeito ao reconhecimento de que ao Poder Judiciário incumbe a articulação de argumentos de princípios, baseados no reconhecimento dos sujeitos como titulares de direitos morais, e argumentos políticos propriamente ditos.

Ao final da sua trajetória filosófica interrompida pelo seu falecimento, que ainda possuía um grande potencial, o autor aproxima com mais veemência o Direito da Moral, e defende com isto as condições deste projeto hermenêutico dar conta dos desafios colocados pelas sociedades plurais. Este projeto tem como referência um fragmento da obra de Arquíloco que dispõe o provérbio: a “raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma grande coisa”, segundo o qual a noção de integridade é um postulado defensável e carente de maior esforço filosófico (DWORKIN, 2014).

Como se percebe, o trabalho proposto sofre inegável influência de postulados kantianos na sua elaboração. O seu projeto se opõe tanto em relação ao ceticismo sobre a

possibilidade das sociedades se organizarem a partir de concepções de justiça que sejam defensáveis e valorativas, como também ao relativismo que nega a unidade do valor e a possibilidade do mesmo servir como uma referência de organização da sociedade e regulação das relações entre os direitos e deveres dos cidadãos entre si e nas suas relações para com o Estado (MORBACH, 2020).

A relação entre o discurso da Filosofia do Direito e a análise das instituições é um campo que precisa ser mais explorado. Por exemplo, no Brasil a projeção do Poder Judiciário como um fórum de princípios e responsável pela manutenção e qualificação da democracia foi amplamente difundida (SCHWARZ, 2001).

Um exemplo marcante da difusão do discurso filosófico como justificador do fortalecimento do Poder Judiciário são os trabalhos mais recentes do constitucionalista e ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, que amplamente influenciado por autores como John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy e entre outros, projetou nas suas obras e nos seus respectivos votos no Tribunal, um papel de maior atuação do Poder Judiciário em face das deficiências dos demais poderes da república (VIEIRA; GLEZER, 2017).

Em função da proximidade entre a defesa da Constituição e a supremacia dos tribunais, na formulação de Conrado Hubner Mendes (2008) é preciso ressaltar que a supremacia da Constituição não pode ser considerada de forma automática como uma expressão sinônima da supremacia dos tribunais.

Um dos críticos mais contundentes ao controle de constitucionalidade e a proeminência do Poder Judiciário na institucionalidade contemporânea é Jeremy Waldron (2003), que considera tal modelo institucional desprovido de condições para processar adequadamente as demandas que surgem em sociedades complexas e com alto grau de dissenso político.

O autor é um defensor do majoritarismo como método de tomada de decisão, a sua defesa é colocada a partir do seguinte extrato de obra de Aristóteles: “Há também uma dúvida quando ao que deve ser o poder supremo no Estado – é a multidão? Ou os ricos? Ou os bons? Ou o melhor homem? Ou um tirano? Qualquer dessas possibilidades parece envolver consequências desagradáveis”. (ARISTÓTELES *apud* WALDRON, 2003).

Waldron (2003) se afasta frontalmente da perspectiva de unidade do valor defendida por Ronald Dworkin (2000, 2014), do que resulta o questionamento sobre quais as características de um modelo institucional que dê conta desta pluralidade de concepções da sociedade? O seu trabalho tem nos conceitos de dissenso e desacordo elementos centrais, o

reconhecimento de que os dissensos são inerentes às sociedades contemporâneas. A pergunta colocada pelo autor está relacionada à uma reflexão sobre como equacionar instituições que deem conta a este alto grau de dissenso sem se afastar do paradigma democrático melhor expresso na organização do Poder Legislativo?

A solução apontada é a defesa do majoritarismo como uma metodologia adequada para se chegar a boas decisões, pois, segundo Jeremy Waldron (2003) existe uma grande incoerência na Teoria Política contemporânea que reconhece o indivíduo como titular de direitos fundamentais, mas supõe que a multidão formada por estes mesmos indivíduos decidirá de forma inadequada em processos deliberativos majoritários. O autor defende a existência de uma sabedoria nas decisões multitudinárias, ou, ao menos, a inexistência de motivo para tamanha desconfiança (WALDRON, 2003).

O debate sobre o majoritarismo precisa ser institucionalmente recortado, porque a questão central diz respeito a ampliação substantiva do eleitorado no decorrer do século XX e as condições do mesmo aferir a partir de institutos da democracia representativa repostas suficientes para a legitimidade do sistema. Disto resulta uma inegável aproximação da obra do autor com o debate sobre as Teorias Democráticas.

O dissenso na obra de Jeremy Waldron (2003) é concebido como um elemento a ser desenvolvido institucionalmente, com forte expectativa na garantia e resultados decorrentes do direito de participação como elemento de aferição de legitimidade democrática a tais procedimentos:

Somos muitos, e discordamos a respeito da justiça. A maneira como pensamos sobre tal discordância determinará a maneira como pensamos sobre política. E, como o direito é fruto da política, a maneira como pensamos sobre essa discordância determinará, em certa medida, a maneira como pensamos sobre direito positivo. (WALDRON, 2003, p. 43).

O trabalho de Jeremy Waldron (2003) encontra-se em um contexto mais amplo de um debate sobre uma Teoria da Autoridade, com o objetivo de desenhar um modelo da separação dos poderes a partir de uma interlocução com as Teorias Democráticas.

Na análise de Jeremy Waldron (2005), não é possível tratar de consensos básicos sem ter claro que o procedimento a partir do qual tal decisão será tomada também pode ser objeto de dissenso entre as partes componentes deste possível acordo. Negar o dissenso sobre questões de justiça significa um afastamento de uma perspectiva eminentemente democrática para a solução destas questões.

A proposta não se encontra avessa às Teorias da Justiça, mas tenta conjugá-las com uma Teoria da Autoridade, a partir do questionamento sobre quem decide e como são decididas questões com alto nível de complexidade.

Importa observar que o dissenso entre os dois autores é profundo, pois para Ronald Dworkin não é possível a existência de uma esfera do processo decisório que seja separada dos seus necessários fundamentos morais e de responsabilidade. Neste sentido, em obra na qual Dworkin responde aos seus críticos, sobretudo aos procedimentalistas, o mesmo reafirma seu postulado com a possibilidade de um processo decisório moralmente fundamentado (DWORKIN, 2016).

Neste aspecto, um dos grandes méritos do trabalho de Jeremy Waldron é a interlocução da sua obra com as Teorias Democráticas, sobretudo com a publicação de *Derecho y desacuerdos* (2005), o autor enfatiza a pertinência do potencial do Poder Legislativo processar as demandas das sociedades contemporâneas. De modo que o desafio colocado se encontra na busca de soluções sem um afastamento das formas democráticas para a solução de questões referentes a democracia (WHITTINGTON, 2000b).

O debate sobre a Teoria da Autoridade possibilita o questionamento de Waldron (2005, 2016) a respeito do processo de tomada de decisão sobre questões complexas, e de que forma tais escolhas impactam em maior ou menor aproximação do modelo junto aos postulados democráticos, a partir de questionamentos sobre quem profere a última decisão em relação a dissensos razoáveis? Qual o processo de tomada de decisão desta autoridade? Essa autoridade consegue oferecer justificações democráticas para o exercício do seu poder decisório?

Conforme já foi exposto, a proposta de Ronald Dworkin (2000, 2014, 2016) enfatiza os tribunais como espaço privilegiado da solução sobre questões de alto dissenso envolvendo os direitos fundamentais, por outro lado, o resgate de Aristóteles por Jeremy Waldron (2003) o reaproxima de discussões sobre a ênfase do método majoritário nas sociedades contemporâneas. A divergência entre os dois autores se encontra na amplitude do espaço de deliberação, o primeiro defendendo o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais, em uma deliberação entre um número diminuto de pessoas, e o segundo defendendo as assembleias legislativas como espaços institucionais mais adequados para tais decisões.

É importante destacar que entre estes interlocutores também existem pontos de convergência, ambos compartilham de uma perspectiva normativa sobre a análise das instituições, como também no reconhecimento das relações entre o Direito e a Moral.

No entanto, a obra de Jeremy Waldron (2003) possui uma relação indissociável com as questões referentes a própria política. E isto faz muita diferença na equação das questões aqui enfocadas, pois a depender como o Direito é concebido, e o reconhecimento das suas relações com o fenômeno da política, isto inevitavelmente traz desdobramentos nas respectivas compreensões sobre a separação dos poderes, a função e o papel institucional exercido tanto pelo Poder Legislativo, quanto pelo Poder Executivo e o Poder Judiciário

Um aspecto positivo do trabalho de Jeremy Waldron (2003) está em uma ampliação da sua análise para além do Poder Judiciário, trata-se de um vício de origem recorrente nas pesquisas nas Ciências Jurídicas que enfatizam demasiadamente o Poder Judiciário e desconsideram as suas relações com os demais poderes, como também a importância deste no funcionamento do sistema como um todo. Pontualmente, a sua pergunta é a seguinte: os juízes deveriam ter autoridade para revogar leis quando estiverem convencidos de que elas violam direitos individuais?

Segundo Waldron (2016), o Poder Legislativo apresenta maior capacidade de processar dissensos inerentes a sociedades altamente plurais, na esteira do pensamento aristotélico, o autor considera que a ampliação do debate sobre questões complexas para um maior número de pessoas resultará em uma melhora qualitativa em relação ao resultado:

A resposta é que, no mundo moderno, a legislação está associada à democracia. A legislação é principalmente órgãos eletivos e responsáveis. Seus membros são eleitos como legisladores, e podem ser substituídos em intervalos regulares se seus eleitores não gostarem do que eles ou seus partidos estão fazendo na legislatura. (WALDRON, 2016, n/p, tradução nossa).<sup>18</sup>

Neste ponto, a periodicidade das eleições também apresenta elemento qualitativo e de controle da representação política. Com isto, é possível assinalar em análise institucional, que a universalidade de acesso e escolha, como também o *accountability* eleitoral, permitem a indicação do sistema eleitoral como uma diretriz inafastável do modelo contemporâneo de Estado democrático, sendo que a relação entre o conceito de representação política e seus desdobramentos institucionais são indissociáveis.

Com isto, Jeremy Waldron (2003) aponta que a defesa do controle de constitucionalidade tem um ônus significativo a superar, qual seja, a maior legitimidade democrática do Poder Legislativo. Segundo o autor, não existem elementos que justificam

---

<sup>18</sup> “On answer is that, in the modern world, legislation is associated with democracy. Legislation are mostly elective and accountable bodies. Their members are elected as legislators, and they can be replaced at regular intervals if their constituents dislike what they or their party are doing in the legislature”. (WALDRON, 2016, n/p).

uma análise degradada do Poder Legislativo e um enaltecimento do Poder Judiciário como um fórum exclusivo da razão.

A contribuição de Jeremy Waldron (2005) está no esforço de articular uma Teoria da Justiça, com a Teoria da Autoridade, sem desconsiderar a relevância desta relação ser equacionada a partir de um postulado democrático.

Sobre o secular debate em torno do poder responsável pela última palavra, vale destacar o trabalho de Conrado Hubner Mendes (2008) que indica que não haverá uma conclusão definitiva sobre qual dos poderes deve ser responsável pela última palavra, visto que tal questionamento contraria toda a potencialidade de pesquisas nas quais o funcionamento dos poderes da República é o seu objeto prioritário.

As respostas possíveis sobre qual autoridade terá a última palavra remete à dois modelos de democracia, com desenhos institucionais que serão diversos a depender de qual Poder, se Judiciário ou Legislativo, terá a possibilidade de decisões definitivas sobre questões complexas a respeito da justiça e também da política.

O trajeto desenvolvido no presente capítulo permite assinalar que no âmbito do Direito Constitucional, o debate sobre o desenho constitucional e suas soluções via Poder Legislativo, Poder Judiciário e o Poder Executivo variam de forma substantiva. Neste ponto, o órgão que será responsável pelo exercício do controle de constitucionalidade possui importância central na discussão, seja pela compreensão deste exercício a partir da atividade jurisdicional, ou mesmo em uma perspectiva eminentemente política como faz Carl Schmitt (1996).

Uma proposta de categorização das formas como as várias correntes da Teoria do Direito Contemporâneo tem desenvolvido as relações entre os poderes, e de quais formas o Poder Judiciário se caracteriza neste desenho institucional é apresentada por Nimer Sultany (2012) a partir do que ele denomina paradoxo constitucional.

Segundo Sultany (2012), a tentativa de composição em um mesmo quadro institucional dos conceitos de democracia e constitucionalismo resulta em questões e possibilidades de organização das relações entre os poderes, de tal modo que é possível dividir as correntes mais marcantes da Teoria do Direito da seguinte forma, em tradução livre:

Os acadêmicos são (i) “negadores” - porque negam a tensão (por exemplo, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman e Frederick Schauer); (ii) “reconciliadores” - porque eles reconciliam a tensão (por exemplo, John Hart Ely, Cass Sunstein e Larry Kramer); (iii) “endossantes” - porque reconhecem a irreconciliabilidade da tensão, mas a endossam (por exemplo, Frank Michelman, Louis Seidman e Laurence Tribe); ou (iv) “dissolventes” - porque eles dissolvem a tensão ao dispensar a revisão judicial

da validade da legislação (por exemplo, Jeremy Waldron, Richard Parker e Mark Tushnet). (SULTANY, 2012, p. 377, tradução nossa).<sup>19</sup>

A grande contribuição dessa análise de Nimer Sultany (2012) é se evitar posições peremptórias na defesa de uma solução final para o funcionamento e garantia dos Estados Democráticos contemporâneos. Isto porque tamanha dimensão de divergência é um forte indício a respeito da impossibilidade de uma única resposta institucional para estas tensões, crises e incertezas que são parte dos regimes democráticos.

A mudança de perspectiva, portanto, deve ocorrer a partir de uma superação da leitura liberal clássica da separação dos poderes para uma adequação deste modelo institucional no formato do Estado contemporâneo.

Neste aspecto, importa indicar a necessidade de retomada do conceito de separação de poderes, mas a partir de um crivo de diferenciação entre a concepção tradicional desta institucionalidade e as novas configurações que surgem na primeira metade do século XX e que continuam a ganhar complexidade e se sofisticam.

Neste sentido, Jeb Barnes defende (2004) a pertinência de uma distinção entre uma concepção básica de separação dos poderes, o que inclui a divisão entre funções típicas e atípicas, independência do Poder Judiciário, o argumento da dificuldade contramajoritária de Alexander Bickel (1986), e a coexistência de um sistema majoritário pelo Poder Legislativo e o Poder Executivo, para um formato de análise mais condizente com a organização do Estado contemporâneo, caracterizado por vários pontos de interrelações entre os Poderes, e uma maior relatividade na classificação dos mesmos a partir de uma binômio de funções típicas e atípicas, e poderes majoritários e contramajoritários.

O argumento central do autor, inclusive, é que tais divisões não se encontram nem mesmo na elaboração originária dos Federalistas a respeito do funcionamento do sistema de governo norte-americano. Com isto, o autor pretende apontar um vício de interpretação na separação dos poderes para promover uma análise mais adequada sobre as formas pelas quais eles se relacionam (BARNES, 2004).

Segundo o qual existe um grande potencial de análise nas pesquisas que se afastam da tentativa de decidir qual instituição deve ter a última palavra, ou as esferas ordinárias de atuação institucional, para uma compreensão sobre as formas de interação dos poderes da

---

<sup>19</sup> Scholars are either (i) “deniers”—because they deny the tension (e.g., Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, and Frederick Schauer); (ii) “reconcilers”—because they reconcile the tension (e.g., John Hart Ely, Cass Sunstein, and Larry Kramer); (iii) “endorsers”—because they recognize the irreconcilability of the tension yet endorse it (e.g., Frank Michelman, Louis Seidman, and Laurence Tribe); or (iv) “dissolvers”—because they dissolve the tension by forgoing judicial review of the validity of legislation (e.g., Jeremy Waldron, Richard Parker, and Mark Tushnet). (SULTANY, 2012, p. 377).



República e como tais interações são promovedoras da convergência do modelo com os valores democráticos (BARNES, 2004).<sup>20</sup>

Assim, o trabalho pretende inserir o debate sobre o funcionamento do Poder Judiciário, mas em um contexto mais amplo em consideração dos demais poderes da República. Tal análise tem como pressuposto uma mudança de perspectiva, aproximando-se das análises interinstitucionais, que possuem como norte a sobreposição do formato tradicional de análise das relações entre os poderes.

Particularmente, o presente trabalho recompõe a polarização entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo a partir dos dois paradigmas que lhes são fundantes, o instituto do *judicial review* e a democracia representativa, tendo como foco específico de análise as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o processo legislativo federal.

Na pesquisa não são concebidas eventuais intervenções de um Poder da República sobre o outro como uma disfunção em vista de um modelo de funcionamento perfeito ou idealizado. O objetivo maior é a elaboração de uma depuração metodológica que enseje uma compreensão sobre como a partir das interações entre os poderes destacados é possível caracterizar respostas historicamente dadas para questões institucionais que são seculares nas democracias contemporâneas.

### 1.3 O ESTUDO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO OBJETO FRONTEIRIÇO DE PESQUISA

O tópico pretende explicitar um elemento da pesquisa e evidenciar quais são as consequências epistemológicas do reconhecimento do controle de constitucionalidade como um objeto de fronteira entre a Teoria da Constituição e a Ciência Política.

Desta forma, destacam-se os problemas formulados para a pesquisa, tais considerações são incontornáveis, a saber: a partir da perspectiva do debate normativo desenvolvido pela Teoria da Constituição sobre as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, como é possível descrever e analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de jurisdição constitucional sobre processo legislativo federal no período entre 2011 a 2019? E como

---

<sup>20</sup> All the branches are integral to American democracy, even though each provides imperfect channels for participation in the policy-making process. Under this perspective, the issue is not how policymakers are selected, but whether they use their power to advance substantive democratic values.(...) Instead of rejecting this state of affairs as violating the standard view of the separation of powers, we should consider rejecting the idea that the branches of government should adhere to preassigned, narrow roles when making policy, and examine the more pressing issue of whether-and under what conditions-the complex American system of separate institutions sharing power promotes core democratic values, such as encouraging diverse voices to participate in the shaping and reshaping of national policy. (BARNES, 2004, p. np).

perguntas secundárias são apresentadas as seguintes: Quais os principais argumentos dispostos pela doutrina da Teoria da Constituição contemporânea referentes as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo? A dificuldade de definição da supremacia nas relações entre os poderes está relacionada ao desenho constitucional contemporâneo? Entre os critérios de medição selecionados, quais são as variáveis independentes de maior impacto no processo decisório do Supremo Tribunal Federal sobre processo legislativo federal?

No presente item, o argumento está baseado no reconhecimento do controle de constitucionalidade como objeto fronteiro de pesquisa entre a Teoria da Constituição, o Direito Constitucional e a Ciência Política, em que é considerado que tal caracterização gera desafios e diferenças de análise que indicam a pertinência das pesquisas em ciências jurídicas estabelecerem como questionamento qual é a sua perspectiva de interlocução e debate em relação a essa temática com outros campos científicos correlatos.

Isso porque a tradição acadêmica nas Faculdades de Direito no Brasil é perpassada pela cultura do bacharelismo jurídico e por pouca interdisciplinaridade com as ciências correlatas. O resultado negativo dessa dificuldade de diálogo foi a perda de potencial da troca de informações, conceitos e metodologias entre ciências que se dedicam a objetos inegavelmente próximos.

Certamente não se trata de esperar que cientistas políticos manuseiem com destreza conceitos típicos da seara jurídica, muito menos que juristas conheçam de forma aprofundada o conjunto metodológico dos politólogos. Por outro lado, é necessário se evitar que pesquisas jurídicas que se aproximam da Ciência Política sejam apenas trabalhos piorados desse ramo do conhecimento, ou que os politólogos se aproximem de forma estereotipada e superficial dos fenômenos jurídicos, de modo que o desafio existe, mas é preciso destacar que tal iniciativa parte do pressuposto que o resultado desse diálogo será mais positivo do que a demasiada especialização de cada ramo do conhecimento (SHAPIRO, 2008).

Particularmente, em se tratando do controle de constitucionalidade, a questão fica ainda mais latente, seja pela importância desse modelo institucional nos Estados contemporâneos, seja pelas funções que o mesmo exerce para a garantia dos regimes políticos democráticos, do que resulta um campo de significativa ambivalência analítica entre juristas e cientistas políticos.

Sobre as principais questões a serem consideradas nos debates interdisciplinares a respeito do controle de constitucionalidade e o conceito de jurisdição constitucional, destacam-se os elementos a seguir.

**Diferenças de perspectivas:** Em regra é possível indicar que cada um dos campos analisa a jurisdição constitucional sob perspectivas distintas. No limite, as pesquisas muito comumente se aproximam pela convergência em relação ao objeto, mas por caminhos diversos, por exemplo, as ciências jurídicas apresentam uma tendência mais clara de um debate normativo sobre a jurisdição constitucional, ao passo que a Ciência Política possui inegável tendência de viés descritivo sobre o funcionamento dos tribunais, sendo que nestes últimos nem sempre fica claramente delimitado o campo da prestação jurisdicional, como serviço público especial e o campo da jurisdição constitucional, como análise de adequação de uma norma infra constitucional com a Constituição do respectivo país.

**Diferenças conceituais:** Na medida em que o mesmo objeto é analisado em perspectivas distintas, também ocorreu o desenvolvimento de conceitos e instrumentos de análises distintas, de modo a não ser incomum que debates e conceitos fundamentais para um campo sejam considerados de menor importância para o outro. O que se desdobra também nos respectivos trabalhos.

Assim, se a Ciência Política tende a focar a análise e descrição das instituições jurídicas em funcionamento, de modo que conceitos como jurisdição constitucional, hermenêutica jurídica e o próprio ato de interpretação das normas jurídicas, e a complexidade correlata a tais campos do conhecimento, não recebem a centralidade analítica tal qual nos trabalhos jurídicos.

Tal tendência não ocorre sem exceções, por exemplo, o trabalho do cientista político Martin Shapiro (1963, 1983) destaca-se pela importância da linguagem jurídica como um instrumento específico de análise, não apenas como embuste de interesses individuais, ou de grupos, ou ainda uma ocultação da realidade, mas como uma esfera de legitimação social e justificação própria do Direito, justamente por esta sofisticação que o mesmo é selecionado como um dos principais marcos teóricos da presente pesquisa.

Assim, na análise empírica que será empreendida nos próximos capítulos, a argumentação jurídica é considerada seriamente como uma variável no resultado decisório, não como uma projeção falseada dos interesses e estratégias dos ministros, turmas e colegiado do Supremo Tribunal Federal, mas como uma referência discursiva institucional, cuja fundamentação decisória tem impactos nas relações entre os poderes e também do Tribunal para com a sociedade.

**Diferenças metodológicas:** Ao analisar a produção científica brasileira das últimas décadas, é possível indicar a ampla predominância de análises normativas e hermenêuticas

nas Ciências Jurídicas, ao passo que na Ciência Política possui uma trajetória amplamente focada no funcionamento das instituições, metodologias descritivas e análises de dados.

Nesse ponto, um horizonte a ser considerado pela pesquisa é como as principais questões formuladas pelas teorias normativas podem ser analisadas e pesquisadas empiricamente, seja no sentido de compreensão do potencial e limites das teorias normativas, seja também na análise sobre como as instituições funcionam em contextos historicamente dados e correspondem, dentro das suas atividades e funções, às principais questões formuladas pelas teorias normativas:

Há uma disjunção entre nossas teorias sobre a origem de tribunais fortes com o poder de revisão judicial e o trabalho que os tribunais estão realmente fazendo na maioria dos países. (...) O que os tribunais realmente fazem não se alinha muito bem com o que as teorias presumem que eles foram projetados para fazer. (BRINKS; BLASS, 2018, p. np, tradução nossa).<sup>21</sup>

Assim, o presente trabalho encontra-se situado no campo de análise da Teoria da Constituição, do que derivam os seguintes pressupostos delineadores que são expressos a seguir.

Além da dimensão desenvolvida pela literatura especializada, não se pode desconsiderar a enorme influência que as teorias normativas exercem na formação do pensamento jurídico de cada país. Assim, concepções que apresentam o Poder Judiciário como o último bastião das democracias contemporâneas, teorias que potencializam juízes e desembargadores como heróis gregos com força hercúlea para a garantia dos direitos fundamentais encontram nas Faculdades de Direito, Escolas da Magistratura e concursos públicos um espaço receptivo para a sua difusão e propagação, mesmo que as pesquisas empíricas produzam dados que não fundamentem tais afirmações.

Ora, se as teorias normativas são responsáveis por este tipo de distorção analítica, qual a sua importância para o campo das pesquisas em Direito? Tal resposta necessariamente passa pelos campos da justificação, e também pelas pesquisas sobre possibilidades de aperfeiçoamento institucional.

Nesse ponto, a discussão se aproxima da relevância da deontologia para o Direito, e do seu potencial para o aperfeiçoamento, desenvolvimento e criação de modelos institucionais (MENDES, 2014).

---

<sup>21</sup> “There is a disjuncture between our theories about the origin of strong courts with the power of judicial review and the work that courts are actually doing in most countries. (...) What courts actually do does not line up very well with what the theories assume they are designed to do”. (BRINKS; BLASS, 2018, p. np).

Considera-se que a análise normativa é incontornável para o campo delimitado pela Teoria da Constituição, se ainda existe uma gama de pesquisas que se limitam ao campo normativo, o presente trabalho assume o desafio de formular análises que indiquem a importância da pesquisa empírica ser considerada igualmente relevante para o debate normativo, seja como critério de descrição fidedigna das instituições em funcionamento, seja para verificar de que modo essas informações podem nos auxiliar para compreender melhor as questões elaboradas pelas análises normativas.

Assim, o esforço de delineamento de relações entre as teorias normativas e as pesquisas empíricas se refere a focar um fenômeno que ocorre hodiernamente na produção do conhecimento, mas que por não ser devidamente problematizado perde em potencial de análise, ou, ao menos, na tentativa de se estabelecer conexões reciprocamente produtivas entre a Teoria da Constituição e a Ciência Política.

Nessa direção, uma dificuldade que é incontornável à discussão interdisciplinar diz respeito aos pontos de aproximação que servirão de referência entre os campos de conhecimento.

O argumento deste estudo destaca que essas decisões precisam considerar a formulação do problema elaborado pela pesquisa em foco. Assim, para o presente trabalho, a perspectiva institucional é relevante, pois se o seu objeto envolve a elaboração de desenhos constitucionais sobre a organização dos poderes, tal análise se apresenta fundamental.

Sobre os referenciais teóricos sobre o Poder Judiciário na Ciência Política, as correntes institucionalista e comportamentalista há muito disputam as preferências dos analistas. Ao considerar a formulação do problema da presente pesquisa, que envolve elementos da Teoria da Constituição, desenhos constitucionais e a forma como o Supremo Tribunal Federal decide sobre processo legislativo federal, a corrente denominada neoinstitucionalismo apresenta-se como a mais contributiva para as respostas pretendidas, Matthew Taylor (2008, p. 15, tradução nossa) apresenta a seguinte possibilidade de referência desse conceito para os estudos a respeito do Poder Judiciário: “O mínimo denominador comum de “novo institucionalismo” é que normas institucionais, estruturas ou ambos podem afetar o comportamento político, moldando a capacidade dos atores políticos de avançar seu curso de conduta preferido”.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> “New Institutionalism and the Courts The least common denominator of “new institutionalism” is that institutional norms, structures, or both may affect political behavior by shaping the ability of political actors to advance their preferred course of conduct”. (TAYLOR, 2008, p. 15)

Em se tratando de um trabalho desenvolvido no campo do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição, essa opção de contato com a área da Ciência Política se apresenta pertinente porque a presente pesquisa também demanda inegável perspectiva de caráter processual, seja por decorrência do seu objeto de estudo, as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o processo legislativo federal, seja a respeito das interpretações que tal órgão faz sobre o conceito de devido processo legal e suas mudanças, mas também no referente ao processo constitucional.

A adequada compreensão do debate colocado, portanto, prescinde de uma perspectiva processual que pode ser dividida em três níveis, (1) o primeiro referente ao processo legislativo dos atos normativos primários previstos no artigo 59 da Constituição Federal de 1988 (emenda constitucional, leis complementares, medidas provisórias, leis ordinárias, decretos legislativos e resoluções), (2) o segundo referente ao trâmite previsto para as ações de inconstitucionalidade, definidos pela Constituição Federal de 1988 e pelas Leis nº 9868/99 e nº 9882/99 e pela Lei Complementar nº 95/98, e (3) o terceiro nível tem como fundamento o direito fundamental ao devido processo legal, conceito que tem sido objeto de disputas jurídicas e semânticas ao respeito do seu conteúdo.

Assim, o ordenamento jurídico institui trâmites, possibilidades de impugnação, regras processuais, recursos, que no seu conjunto distribuem possibilidades e limites de ação para os principais atores envolvidos.

Tal conjunto também incide sobre os membros do Supremo Tribunal, seja individualmente, ou na composição de órgão colegiado, justamente por isso que a razão se encontra na já clássica definição do ato de julgamento apresentada por James L. Gibson:

(...) a tomada de decisão judicial é um pouco diferente de qualquer outra forma de tomada de decisão. Grosso modo, o atitudinalismo diz respeito ao que os juízes preferem fazer, o institucionalismo ao que os juízes pensam que eles devem fazer e as teorias institucionais de grupo dizem respeito ao que é viável de ser feito. (GIBSON, 1983, p. 09).<sup>23</sup>

Isso para expressar que a definição de uma superioridade epistêmica entre o modelo atitudinal e o institucionalismo não é objeto da presente pesquisa, por outro lado, a considerar a formulação do problema desenvolvido, a perspectiva neoinstitucionalista apresenta-se como a mais adequada para a aproximação pretendida entre o Direito e a Ciência Política no

---

<sup>23</sup>“Thus, judicial decision making is little different from any other form of decision making. Roughly speaking, attitude theory pertains to what judges prefer to do, role theory to what they think different from any other form of decision making. Roughly speaking, attitude theory pertains to what judges prefer to do, role theory to what they think they ought to do, and a host of group-institution theories to what is feasible to do. (GIBSON, 1983, p. 09).

referente ao objeto comum de análise sobre o controle de constitucionalidade e as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

Reconhecer que a lei e o formato das instituições têm impacto nas decisões de um órgão judicial não significa indicar que a mesma e os precedentes judiciais são as únicas referências no comportamento decisório dos juízes, ou variáveis influentes no resultado da decisão, mas reconhecer que também se trata de variáveis relevantes para pesquisas empíricas.<sup>24</sup> Nesse sentido, em forte influência do trabalho de Martin Shapiro, Andrei Koerner (2015) dispõe que a linguagem jurídica e a forma como a lei é interpretada é um objeto de interpretação privilegiado sobre como as instituições jurídicas são adequadas em contextos políticos específicos.

Isso não desconsidera o profícuo debate desenvolvido entre comportamentalistas e institucionalistas, mas o ponto de partida do Direito Constitucional ressalta a importância das instituições, mesmo que em análise mitigada pelos elementos comportamentalistas dos seus principais atores (GILLMAN; CLAYTON, 1999; INATOMI, 2020; WALDRON, 2016).

Na tentativa de delimitação de um espaço de diálogo a partir do Direito, o presente trabalho tem como ponto de partida o debate normativo sobre o Poder Judiciário na Teoria da Constituição, exposto no primeiro capítulo, considerando as principais questões formuladas por essa doutrina como referência da análise empírica que será apresentada.

Nessa trajetória importa muito conhecer tradições acadêmicas que aproximam o Direito da Ciência Política. Um caso emblemático é a produção científica norte-americana na qual a correlação e diálogo entre o Direito Constitucional e a Ciência Política é bem mais fértil do que no Brasil.

O objetivo do presente tópico é apresentar como algumas questões jurídicas correlatas a presente pesquisa tem sido equacionada a partir da perspectiva deste campo do conhecimento científico.

Se o primeiro tópico analisou teorias normativas sobre o Poder Judiciário, e sua configuração na separação de poderes contemporânea, este terá enfoque em doutrinas que explicitam as várias formas de análise das instituições jurídicas sem reduzi-las à dimensão hermenêutica.

---

<sup>24</sup> Conforme os dados da pesquisa empírica apresentados no terceiro capítulo as espécies de atos normativos que são judicializados, e o sistema de controle de constitucionalidade por meio do Supremo Tribunal Federal decide, se difuso ou concentrado, apresentam-se como variáveis independentes quantitativamente relevantes no processo decisório.

Na academia norte-americana, tal campo é denominado de *Law and Politics* e conta com uma ampla produção acadêmica (FRIEDMAN, 2005; GRABER, 2005a, 2005b, 1993; WHITTINGTON; KELEMEN; CALDEIRA, 2008).

O desafio posto por esses teóricos considera de que modo é possível integrar à análise constitucional elementos da Ciência Política sem que esses trabalhos pareçam trabalhos de cientistas políticos, e sem que isso implique em uma perda do referencial epistêmico do campo do Direito, a palavra, portanto, é integração e não descaracterização de cada um desses campos de conhecimento.

Inicialmente, o registro elementar é reconhecer que o Direito é constituído pela política como também constitutivo da política, tal vínculo indissociável apresenta como desafio o reconhecimento do campo *Law and Politics* como um empreendimento com dimensão, autonomia e características próprias, e não apenas como um subcampo da Ciência Política ou do Direito. Assim, o esforço de correlacionar teorias normativas com pesquisas empíricas e análises institucionais deve unir campos convergentes das ciências sociais pelo melhor desenvolvimento desses desafios (WHITTINGTON; KELEMEN; CALDEIRA, 2008; WALDRON, 2016).

Ao considerar o objeto da presente pesquisa, uma obra que merece destaque é o trabalho *In defense of political Court*, de Terri Jennings Peretti (1999), no qual o autor questiona inicialmente dois pontos relevantes para o Direito Constitucional, o primeiro relacionado ao receio demasiado do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição com o fenômeno da política, e o segundo, que lhe é consequência, relacionado ao debate sobre o tema independência e neutralidade do Poder Judiciário nos regimes políticos.

No primeiro ponto, a razão parece estar com o autor, pois conforme apresentado no primeiro tópico, a institucionalidade democrática passou por significativas mudanças no século XX, com a inserção de grandes grupos de eleitores no debate político, o que justifica a importância seminal do debate entre Hans Kelsen (2009) e Carl Schmitt (1996), o problema apontado por Peretti (1999) deriva da resistência desenvolvida no campo das ciências jurídicas em relação ao fenômeno da política. Assim, ocorreu uma sobrevalorização da hermenêutica jurídica como desenvolvimento de critérios racionais para o balizamento da decisão judicial nos regimes democráticos.

Entre os efeitos negativos dessa tendência é possível destacar dois, a reprodução acrítica do funcionamento das decisões judiciais como resultantes exclusivos de aportes normativos para análise da decisão judicial e despida de qualquer interesse ou preferência pelos julgadores. E a desconsideração da complexidade do fenômeno da política como objeto



para o estudo e a compreensão do Direito e das instituições jurídicas, de modo que em situações limite a política é pensada como algo anedótico que impede a racionalidade esperada dos atores do sistema de justiça.

Nesse ponto, ocorre uma perda do potencial analítico a respeito do Direito e do funcionamento das instituições jurídicas, pois todo fenômeno que extrapole ou não seja passível de explicação racional pela hermenêutica jurídica é concebido como uma disfunção sobre a qual não existem instrumentos analíticos explicativos, o que muitas vezes é ausência de metodologia adequada para a compreensão do fenômeno.

O segundo elemento indicado como problemático por Peretti (1999) foi a difusão das concepções de independência e neutralidade do Poder Judiciário em relação ao sistema político. Nesse quesito importa destacar que os termos não são sinônimos, a independência encontra-se relacionada aos modelos e garantias institucionais dos seus membros, sendo analisada a partir de momentos de crise no sistema político e como isso afeta, ou não, o Poder Judiciário. Por outro lado, a análise sobre a neutralidade encontra-se relacionada ao resultado das decisões dos órgãos do Poder Judiciário, a saber, se na condição de órgãos julgadores é possível a manutenção de uma equidistância entre as partes em litígio até a decisão final. Identificando esse grupo como neutralista, o autor apresenta as seguintes características:

Os neutralistas acreditam que existe uma teoria objetiva de interpretação constitucional, que (1) os juízes podem aplicar de maneira neutra, (2) o Tribunal deve aplicar a fim de proteger sua legitimidade e assegurar sua sobrevivência, (3) com sucesso reconcilia a revisão judicial com os valores democráticos e (4) permite ao Tribunal desempenhar um papel benéfico “apolítico” (ou seja, proteger os princípios incorporados no texto constitucional, promover os valores fundamentais da sociedade ou aperfeiçoar o processo democrático). (PERETTI, 1999, p. 35, tradução nossa).<sup>25</sup>

Como resultados maléficos dessas características destacam-se a identificação dos Tribunais e juízes como portadores de competências para justificar seu processo decisório, afastados dos seus interesses, preconceitos e pontos de vistas individuais ou de grupos. Tal como se os Tribunais tivessem uma regra nobre a ser exercida nas democracias contemporâneas, a responsabilizarem-se pela inserção da moral e dos princípios democráticos nos regimes políticos (VIEIRA; GLEZER, 2017).

O autor aponta que esses elementos reproduzidos *ad nauseam* pelo discurso jurídico dificultam em muito as análises das questões correlatas ao campo do Direito, porque

---

<sup>25</sup> “The neutralists believe that there exists an objective theory of constitutional interpretation, which (1) the justices can apply in a neutral manner, (2) the Court must apply in order to protect its legitimacy and insure its survival, (3) successfully reconciles judicial review with democratic values, and (4) enables the Court to play a beneficial “apolitical” role (i.e., protecting principles embodied in the constitutional text, advancing society’s fundamental values, or perfecting the democratic process)”. (PERETTI, 2000, p. 35).

encobrem elementos relevantes sobre o desenvolvimento das instituições jurídicas. Nesse sentido, retoma as críticas do realismo jurídico e do *Critical Legal Studies* como correntes que se esforçaram pelo descortinamento das atividades de julgamento e das funções exercidas pelo Poder Judiciário nos sistemas políticos (PERETTI, 1999).

A proposta de Peretti (1999) não se limita à uma crítica da neutralidade e imparcialidade do Poder Judiciário, segundo o autor existe espaço para uma defesa dos Tribunais como órgãos políticos, porque isso não deve significar uma deteriorização das funções do Poder Judiciário, muito menos deve impedir o reconhecimento dos fundamentos normativos da legitimidade do seu poder, para tanto, o autor recompõe uma proposta de teoria pluralista do poder, diminuindo o protagonismo do Poder Judiciário no exercício das suas funções mais nobres, sem reduzi-lo apenas a uma burocracia que exerce poder com fundamentos morais a partir de interesses escusos.

Assim, a defesa por um Tribunal que assume a sua condição de órgão também político é desenvolvida por meio da concepção de representação, como também de contribuição do órgão para o debate público.

No Brasil, o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal como um órgão com viés representativo tem sido difundido a partir de textos de Robert Alexy (2005) e de Luis Roberto Barroso (2017). Um aspecto problemático dessa formulação é que nem sempre fica explícita qual a relação entre representante e representado, pois, ao indicar o Poder Judiciário como um órgão representativo não se assume os desafios de expor o que é objeto de representação, muito menos quais são os institutos e mecanismos de aferição da legitimidade da representação exercida.

Segundo Peretti (1999), tal função possui uma dimensão contributiva ao debate público, a saber, a partir de uma perspectiva pluralista, o Poder Judiciário exerce a função de inserir temas, perspectivas e argumentos que são enriquecedores do debate em uma democracia. Percebe-se, portanto, que o autor identifica falhas no desenvolvimento da Teoria da Constituição contemporânea como também limites no referente ao campo do equacionamento do *judicial review* nas Teorias Democráticas, mas considera que tais problemas são passíveis de serem superados a partir da defesa dos Tribunais com órgãos políticos.

Nesse prisma, uma contribuição substantiva do seu trabalho, além da superação dos argumentos laudatórios do Poder Judiciário, é identificar que o modelo institucional do *judicial review* não pode ser considerado definitivo em relação aos papéis exercidos pelas instituições.

A saber, o senso comum compartilhado entre os juristas do Poder Judiciário como um poder contramajoritário não resiste a um olhar mais cuidadoso, pois se é reconhecido que os Tribunais também fazem política a partir das suas decisões (GILLMAN, 2004; KRITZER, 2003; SHAPIRO, 1963, 1983, 1986). Inevitavelmente, tal pressuposto remete à uma chave analítica entre decisões majoritárias e decisões contramajoritárias do mesmo órgão.

Particularmente, no Brasil, tais observações se fazem pertinentes pelas muitas facetas que caracterizam a prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal, trata-se de um debate longínquo na história da Corte, e que foi retomado na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 (NERT JUNIOR, 2017).

A saber, as competências do Supremo Tribunal Federal encontram-se disposta no Art. 102 da Constituição Federal de 1988 e se dividem nas seguintes:

- **Competências originárias:** Em relação a matérias nas quais o Supremo Tribunal Federal é o primeiro órgão jurisdicional a fazer uma apreciação da lide.

- **Competências recursais:** Sendo que essa ainda se divide na competência recursal ordinária e na competência recursal extraordinária, respectivamente, Art. 102, II e III.

Isso para indicar que é muito difícil identificar um órgão com tal variedade de competências como responsável por uma única função no sistema político, o que se tem, a considerar o desenvolvido, é uma importante chave de análise das decisões dos Tribunais, destacadamente do Supremo Tribunal Federal, a partir do binômio majoritarismo e contramajoritarismo, cientes de que o órgão se utiliza dessas duas possibilidades de interação junto ao sistema político eleito e a sociedade de modo geral (KAPISZEWSKI, 2011; OLIVEIRA, 2011; TAYLOR, 2008).

Tais modelos institucionais, e também de perspectivas, não estabelecem posições estanques aos seus órgãos componentes. Assim, por mais que as teorias normativas desenvolvam importantes justificativas para desenhos em um sentido X ou Y, apenas as análises empíricas sobre o funcionamento dessas instituições podem analisar as diferenças entre as justificativas desenvolvidas pelas teorias normativas para a existência do Poder Judiciário e suas relações com os demais poderes e os resultados sobre como esse órgão decide e atua efetivamente.

Por isso, o trabalho de Peretti (1999) caminha bem ao indicar a necessidade de superação de uma visão pré-estabelecida e definitiva do Poder Judiciário e de suas relações com o sistema político, na mesma direção se encaminha o trabalho de Mark Graber (2005b) ao indicar que o desenho final do *judicial review* e suas relações com os demais poderes apenas são aferíveis após a elaboração de relações entre as perguntas fundamentais desse

campo de pesquisa, tais como: Quais elementos motivam os atores políticos à judicialização? Sob quais condicionantes institucionais? E como os tribunais respondem a esse acionamento? Sendo esta última objeto da presente pesquisa.

Por exemplo, se as teorias normativas não conseguem dar conta da descrição do funcionamento dos Tribunais Judiciários e de suas relações para com o sistema político eleito, em sentido diverso, não se pode desconsiderar o risco do desenvolvimento de análises exclusivamente descritivas, que aglutinam e classificam as decisões judiciais sem enquadrá-las em uma perspectiva mais ampla sobre as relações entre os poderes e os seus fundamentos.

Assim, na análise dessa região de fronteira entre a Teoria da Constituição e a Ciência Política, torna-se necessário retomar o papel da Constituição na definição do sistema político, distribuição das competências entre os poderes da República e referencial decisório para os Tribunais a respeito de eventuais conflitos interpretativos sobre a extensão de cada poder.

Trata-se de um campo que nas graduações de Direito, pela disciplina de Teoria do Estado, tem como objeto a análise das formas de Estado e os modelos constitucionais dessas mudanças.

Assim, as mudanças entre o Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social tiveram impacto nas relações dos poderes da República entre si. A Constituição, enquanto modelo institucional, alterou a delimitação das competências entre os poderes. Indicar isso não pode significar uma reafirmação irrefletida das teorias normativas e desconsideração das pesquisas empíricas para a compreensão do fenômeno.

E nesse ponto, não se pode desconsiderar que as justificações apresentadas pelas teorias normativas não são lineares, pois a cada mudança institucional do Estado contemporâneo tornam-se necessárias novas justificativas, ou ao menos uma nova consideração sobre aquelas já apresentadas. Em relação ao presente trabalho, é possível indicar que o aumento significativo do eleitorado no século XX e o aumento do pluralismo político, tiveram como um dos seus resultados trágicos, as experiências totalitárias da primeira metade do século XX, do que resultou a deliberada tentativa de garantia de manutenção dos regimes democráticos a partir do fortalecimento do Poder Judiciário.

Esse dado histórico e institucional potencializou a difusão das teorias normativas como justificadoras de uma racionalidade jurídica suficiente para controlar o poder, evitar o arbítrio e garantir a manutenção das democracias contemporâneas.

Quando não se estabelece uma relação entre as teorias normativas e a projeção institucional do Poder Judiciário no sistema político ocorrida nas últimas décadas, vários riscos são assumidos, primeiro há uma perda das teorias empíricas no referente ao potencial

da crítica ao fortalecimento do Poder Judiciário, por outro lado, o prejuízo também ocorre no âmbito das teorias normativas, por não considerarem os efeitos institucionais e políticos das justificações produzidas, inclusive, por tal direção se tornar um caminho autorreferente, sem interlocução, que se aprofunda e se distancia a cada dia mais dos dados produzidos pelos tribunais no seu cotidiano.

Como exemplo do primeiro risco, é possível destacar a mudança interpretativa ocorrida no século XX em relação ao conceito de devido processo legal (SUNSTEIN, 2009), central para a presente pesquisa, ora, tal alteração encontrou nas teorias normativas um espaço privilegiado de eco e repercussão sem uma devida autocrítica das consequências institucionais da abertura interpretativa surgida por decorrência do Poder Judiciário ampliar ainda mais, agora via interpretação da Constituição, a sua esfera de atuação.

Como exemplo do segundo risco, percebe-se que a manutenção e defesa da autonomia do Direito em relação à política tem trazido mais malefícios para o Direito Constitucional do que benefícios, visto que tal relação pode não ser apenas recomendável, mas altamente produtiva, inclusive, para as teorias normativas (GRABER, 2005a; WHITTINGTON, 2000a).

Uma questão e problema potencializado no desenvolvimento auto referente das teorias normativas foi a sobrevalorização do contramajoritarismo como função do Poder Judiciário nos Estados contemporâneos. Uma crítica substantiva nessa argumentação é colocada por Graber (1993) ao indicar que tal tendência é de pouca valia para a compreensão sobre o funcionamento das instituições jurídicas.

Segundo dados apresentados pelo autor, em muitas situações nas quais se supõe o exercício contramajoritário do Poder Judiciário uma análise mais detida vai indicar uma tendência de convergência da decisão judicial com importantes grupos do Poder Legislativo e também da sociedade de modo geral, em tradução livre:

Historicamente, os juízes se engajaram no comportamento contramajoritário clássico apenas naqueles períodos relativamente breves em que os membros de uma coalizão nacional dominante recém-formada ainda não tiveram o tempo necessário para instalar seus adeptos na bancada. (GRABER, 1993, p. 38, tradução nossa).<sup>26</sup>

Assim, ao invés de reduzir as possibilidades institucionais na classificação de um órgão como majoritário ou contramajoritário, muito mais pertinente é a utilização dessa chave a partir de uma dinâmica de possibilidades de comportamentos institucionais por parte do Poder Judiciário. A conclusão para esse tipo de construção é a inevitabilidade das pesquisas

---

<sup>26</sup> “Historically, justices have engaged in classic countermajoritarian behavior only in those relatively brief periods when members of a newly formed dominant national coalition have not yet had the time necessary to install their adherents on the bench”. (GRABER, 1993, p. 38).

empíricas para a análises sobre como essas possibilidades foram utilizadas pelo respetivo órgão do Poder Judiciário a partir das suas decisões, no presente caso, o Supremo Tribunal Federal.

Trata-se do campo de análise sobre o qual a presente pesquisa converge, destacadamente, no reconhecimento de que a decisão judicial é uma forma de manifestação política do comportamento dos principais atores desse campo institucional, ministros individualmente e colegiados, como também que tais decisões constroem e delineiam o modelo do Poder Judiciário na separação dos poderes a partir do seu conteúdo.

Tais posicionamentos reconfiguram em larga medida as possibilidades de compreensão da separação dos poderes, pelos seguintes motivos.

Como já apresentado no presente trabalho (BARNES, 2004; PERETTI, 1999), a análise do Poder Legislativo como um poder majoritário deve ser lida com muito cuidado, sobretudo, em contextos de alta fragmentação partidária como é o caso do Brasil (NICOLAU, 2017).

Sobre essa chave é importante lembrar a lição (WALDRON, 2016) que indica que o majoritarismo é um critério de tomada de decisão, sendo que neste aspecto, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário são absolutamente semelhantes, a diferença ocorre em relação a composição de cada um desses órgãos. Nesse quesito, haja vista a diferença numérica entre cada um dos órgãos, o critério majoritário em relação ao Poder Judiciário não chega a ser um grande empecilho ao processo de tomada de decisão, visto que a considerar o Brasil, é muito mais ordinário se alcançar uma maioria entre 11 (onze) ministros do Supremo Tribunal Federal do que entre 594 (quinhentos e noventa e quatro) congressistas.

Assim, os autores assinalados apontam a incorreção da sobrevalorização do contramajoritarismo exercido pelo Poder Judiciário em relação ao sistema político tanto no referente a inegável tendência de convergência junto aos demais poderes da República, como também em relação ao processo de tomada de decisão interno de cada Tribunal.

Por decorrência disso, a razão parece estar com aqueles que indicam a impossibilidade de definição de um mapeamento sobre todas as variáveis que ensejam uma atuação mais expansiva por parte do Poder Judiciário (TAYLOR, 2008; KAPISZEWSKI, 2011), nesse sentido fica muito difícil falar em uma “Regra da Corte”, pois o que se tem são regras da corte, ou melhor, análises exploratórias que apresentam resultados quantitativos mais significativos em relação a algumas variáveis, do que em relação a outras, tal como se pretende desenvolver na presente pesquisa, especificamente, no recorte sobre como decide o

Supremo Tribunal Federal a respeito dos processos legislativos em trâmite no Congresso Nacional.

O esforço e desafio assumido por Peretti (1999) na defesa dos Tribunais Judiciários como órgãos políticos, portanto, é uma tentativa de conciliar a Teoria da Constituição com as Teorias da Democracia, e as consequências disso. Independentemente de se concordar com as propostas do autor, o seu apontamento é por demais relevante, qual seja, a negativa das cortes como um órgão político traz mais prejuízos do que benefícios a compreensão dos analistas, pois corroboram para tentativas de afirmação das condições do Poder Judiciário e dos seus membros corresponderem aos parâmetros de racionalidade e neutralidade esperados, mesmo que o cotidiano do funcionamento dessas instituições indiquem claramente a fragilidade desses argumentos. Além disso, a sua proposta comporta sim o reconhecimento dos Tribunais como órgãos políticos na condição de um aspecto contributivo para o funcionamento dos regimes democráticos em uma perspectiva pluralista.

Essa tentativa de reconfiguração da análise sobre o papel das cortes nos sistemas políticos não é exclusiva do trabalho analisado, sendo possível indicar uma corrente de autores que nas mais variadas equações tentam entender de que modo o Poder Judiciário se relaciona com o sistema político a partir de chaves mais amplas de compreensão que não se reduzem a espaços pré definidos entre cada um dos poderes.

Importa observar que a partir dessa reconfiguração, grande parte dos conceitos que têm permeado a pesquisa jurídica sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil dos últimos anos é alterada, uma pelo afastamento das teorias normativas como única possibilidade de compreensão do funcionamento da corte, também pelo reconhecimento de que a racionalidade jurídica não pode ser compreendida como critério exclusivo para a compreensão do fenômeno, o que indica não apenas a necessidade de aproximação e novas análises sobre conceitos correlatos, como ativismo judicial, judicialização da política, entre outros, como também a necessidade de aportes metodológicos para a compreensão das relações entre o Direito e a Política.

Vale destacar que o empreendimento ao qual se esforça o trabalho de Peretti (1999) não é exclusivo, tais abordagens também têm sido intentadas por autores da mesma importância como Jeremy Waldron (2005), Mark Tushnet (1999; 2012), Mark Graber (2005a, 2005b), entre outros, em diferentes perspectivas de análise.

Justamente por isso, trabalhos apontam que o estudo sobre o controle de constitucionalidade pode ser desenvolvido como um estudo de relações entre os poderes, nas quais não existem posicionamentos fixos e pré-determinados, mas sim espaços institucionais

mais ou menos ocupados a depender do exercício das suas competências: “As normas constitucionais também estão localizadas em noções mais amplas de democracia, soberania popular e estado de direito, bem como várias teorias de justiça, todas inquestionavelmente relacionadas com a nossa tradição constitucional, mas sem qualquer localização precisa ou definida nela”. (FEREJOHN; FRIEDMAN, 1993, p. 833, tradução nossa).<sup>27</sup>

O descortinar desse campo de análise que visa relacionar as teorias normativas com as pesquisas empíricas caracteriza-se em inegável desafio, as opções são várias, a primeira hipótese é a manutenção do comportamento majoritário no presente, no qual os dois campos pouco dialogam e por decorrência disso continuam ignorando as dificuldades de tratamento das questões que inevitavelmente surgem. A segunda opção é o tratamento desse campo de análise como subcampo do Direito ou da Ciência Política, ou o reconhecimento de que se trata de uma forma de análise própria e autônoma que não se limita a nenhum dos campos referidos, sendo necessário reconhecimento das dificuldades de tratamento dessas questões, métodos e soluções próprias.

Nesse ponto, Mark Graber encontra-se em um bom caminho quando se refere ao controle de constitucionalidade como algo em construção a partir da interação entre os vários atores políticos, os desenhos institucionais e as decisões das cortes a respeito das questões fundamentais. Segundo o autor, o regime democrático possui questões de tão alta complexidade que é apenas no exercício das competências das instituições e da ação dos atores envolvidos que essas questões serão resolvidas ou acomodadas: “Os méritos democráticos de arranjos institucionais alternativos não podem ser avaliados por motivos puramente processuais”. (GRABER, 2005b, p. 448).

A proposta por esses autores de aproximação das teorias normativas das Teorias Positivas e dos seus resultados empíricos é considerado mais do que uma possibilidade, mas sim uma direção com grande potencial de aprimoramento das teorias normativas, de modo que a partir dessas correlações imagináveis seria possível equacionar de que modo as justificações e os fundamentos das instituições poderiam ser aprimorados com a referência das pesquisas empíricas produzidas no campo do Direito ou das Ciências Sociais correlatas.

Assim, torna-se necessário a superação do modelo de separação entre as teorias normativas e as pesquisas empíricas, o que não significa desconsiderar o potencial das teorias

---

<sup>27</sup> “Constitutional norms also are located in broader notions of democracy, popular sovereignty, and the rule of law, as well as various theories of justice, all unquestionably related to our constitutional tradition but lacking any precise or definite location in it”. (FEREJOHN, FRIEDMAN, 1993, p. 833).



normativas do Direito, mas reconhecer que esse campo pode ganhar novos e instigantes horizontes a partir de tal aproximação:

Em suma, a teoria positiva abre um playground virtual para normativas estudiosos em um campo onde pelo menos alguns dos debates centrais tornaram-se estultificado. Uma vez que a relação entre política e direito é introduzida foco, uma vez que a ideia de separação nítida é rejeitada, limite granulada menor linhas tornam-se repentinamente aparentes em todos os lugares. Todas essas linhas de fronteira são sujeito a concurso que é parte positivo, mas parte normativo também. A bolsa de estudos positiva revigora o projeto normativo. Em vez de ignorar ou rejeitando a erudição positiva, os estudiosos normativos devem lutar contra ela. (FRIEDMAN, 2005, p. 337, tradução nossa).<sup>28</sup>

Ao considerar essas propostas que implicam em mudanças de perspectiva na análise do fenômeno, a literatura denominada de *Law and politics* vai prestigiar a expressão construção do significado da Constituição, em um campo que é compartilhado pelas instituições do sistema jurídico e do sistema político e também por seus principais atores, ao invés de interpretação do significado da Constituição, como uma possibilidade adstrita aos órgãos judiciais (SHAPIRO, 2008).

Com vistas ao desenvolvimento de uma metodologia que abarque essa pluralidade de posições institucionais que podem ser ocupadas pelo Tribunal Constitucional em relação ao sistema político, merece destaque a proposta de Daniel Brinks e Abby Blass (2018) que tem como objeto os desenhos constitucionais pós-ditaduras militares nos países da América Latina.

Ao avançar no reconhecimento do Poder Judiciário como integrante do sistema político, em convergência com a literatura compartilhada na presente pesquisa, os autores apresentam o conceito *Constitutional Governance Coalition – CGC* para operar mecanismos de mediação entre as cortes e o sistema político.

Daniel Brinks e Abby Blass (2018) partem do pressuposto que existe uma carência metodológica para a compreensão sobre como os Tribunais constitucionais se relacionam com o sistema político, e, por decorrência disso, se é possível indicar limitações nas análises que não destacam e também não tentam superar esse desafio metodológico.

A proposta apresenta duas vantagens que são caras para a pesquisa ora apresentada, a superação do debate dos Tribunais como órgãos insulados do sistema político, e o reconhecimento de que os mesmos integram o sistema político e contribuem para a garantia

<sup>28</sup> “In sum, positive theory opens up a virtual playground for normative scholars in a field where at least some of the central debates have become stultified. Once the relationship between politics and law is brought into focus, once the idea of sharp separation is rejected, smaller grained boundary lines become suddenly apparent everywhere. All these boundary lines are subject to contest-contest that is part positive but part normative as well. Positive scholarship invigorates the normative project. Rather than ignoring or rejecting positive scholarship, normative scholars ought to grapple with it. (FRIEDMAN, 2005, p. 337).

da governabilidade. O que significa um reenquadramento de várias questões relacionadas as relações do Poder Judiciário com os poderes eleitos, destacadamente, o Poder Legislativo.

A proposta ganha muita pertinência quando diferencia dois momentos de análise, a saber, o momento da coalisão originária (*originating coalition – OC*) que ocorre durante as Assembleias Nacionais Constituintes e a promulgação do texto originário, e o segundo momento das coalisões governamentais (*ruling coalition – RC*), referentes as composições posteriores a promulgação da Constituição, suscetíveis de reformas, alterações e mudanças estruturais de toda ordem.

Uma análise aproximada entre esses dois momentos não indica uma relação de continuidade, se focar essa proposta no caso brasileiro, é possível verificar que em 1988 o país recém saído de um período autocrático, e com um processo de transição democrática problemático, teve na Assembleia Nacional Constituinte um momento de grande expectativa sobre o potencial do novo modelo institucional significar uma superação das dificuldades inerentes a um Estado de formação tardia, periférica e subdesenvolvida, conforme será exposto no próximo capítulo. Vários campos do conhecimento e analistas explicitavam esse otimismo, talvez ingênuo, com a possibilidade da Constituição Federal da República Federativo do Brasil ser um marco civilizatório.

Assim, o método proposto visa analisar como países da América Latina inseriram desenhos constitucionais de viés garantistas em relação aos direitos sociais e de que modo tais desenhos constitucionais foram instituídos, interpretados e reformados nos anos posteriores a promulgação dessas constituições.

No Brasil, a situação não foi diferente, pois é necessário diferenciar o texto constitucional de um manifesto político, ou um conjunto de boas intenções. A Assembleia Nacional Constituinte foi objeto de muita disputa política e competição entre concepções distintas a respeito dos direitos fundamentais, da organização do Estado e o futuro da sociedade brasileira, muito distante de um momento de grande consenso político.

O texto de 1988 é fortemente indicativo disto, amplo, prolixo, não orgânico, gerando efetivamente a sensação que cada grupo organizado, alguns com melhores justificativas do que outros, inseriu os seus direitos, e até mesmo privilégios, no texto constitucional.

Da mesma forma, o período posterior a promulgação da Constituição Federal de 1988 comprovou análises que indicavam que a história não havia acabado, pelo contrário, grupos que haviam se sentido derrotados na Assembleia Nacional Constituinte 1987/1988 agiram sistematicamente para a implementação de reformas constitucionais de modo a

descaracterizar o projeto inicial, com previsão de direitos sociais e elementos de um Estado Democrático Social e de Direito (BONAVIDES, 2005).

Assim, durante o governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), as propostas neoliberais foram responsáveis por inúmeras alterações no texto constitucional. Nos governos do Partido dos Trabalhadores, de Luís Inácio Lula da Silva (2003-2010) e de Dilma Rousseff (2011-2016), também ocorreram substantivas mudanças no texto constitucional, em larga medida na direção restritiva aos direitos fundamentais e ao papel do Estado na garantia dos direitos sociais. Todavia, um marco na apresentação de propostas legislativas dessa natureza foi o afastamento de Dilma Rousseff e ascensão de Michel Temer à chefia do Poder Executivo da República.<sup>29</sup>

E como o Supremo Tribunal Federal e os seus ministros se comportaram nesse contexto? As disputas políticas em larga medida levaram ao órgão de cúpula do Poder Judiciário esse tensionamento típico das sociedades plurais contemporâneas em relação ao papel a ser exercido pelo Estado, a função dos direitos sociais em uma sociedade profundamente desigual.

O texto constitucional aprovado em 1988 comporta este tipo de argumentação, de defesa de uma sociedade livre, justa e solidária (Art.3), redução das desigualdades regionais (Art. 3), garantia dos direitos trabalhistas (Art.7), previdenciários e de assistência social (196 e seguintes). E essa disfunção entre o texto da Constituição de 1988 e as inúmeras reformas legislativas implementadas foram submetidas ao Supremo Tribunal Federal de forma recorrente e repetitiva.

No presente trabalho, o desenho para a tentativa de descrição e compreensão de tal fenômeno foi a descrição da argumentação jurídica de inconstitucionalidade utilizada pelos atores do sistema de justiça junto ao Supremo Tribunal Federal, se e como tais argumentos repercutiam quantitativamente nas decisões do órgão.

A expectativa é que tal medida sirva para a mensuração sobre o comportamento do Supremo Tribunal Federal e como os seus ministros se comportaram em relação a essas mudanças estruturais.

---

<sup>29</sup> Esse recorte temporal foi uma variável independente inserida na pesquisa empírica, sem apresentar diferenças quantitativas robustas no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal entre o final do governo de Luís Inácio Lula da Silva, o governo de Dilma Rousseff e o governo de Michel Temer, as diferenças ficam mais claras no primeiro ano do governo de Jair Messias Bolsonaro, mas como o recorte envolveu apenas o período de 2019 fica difícil fazer alguma conclusão peremptória a respeito, valendo apenas o registro para o fim de análise posterior.

Assim, a diferenciação entre os momentos de OC e RC, a saber, coalisção originária e coalisções de governança, pode contribuir como parâmetro de análise sobre o papel e funções institucionais exercidas pelo Supremo Tribunal Federal no período recordado.

Em relação a isso, importa destacar, que seria apressado concluir que em nome da política, as maiorias de ocasião (RC) teriam preponderância sobre o texto originalmente aprovado e os limites da sua interpretação (OC), visto que assim, o próprio papel da Constituição nas sociedades contemporâneas estaria em risco, como também dos poderes da República constituídos, destacadamente, o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional.

Ao que tudo indica, considerando as pesquisas apresentadas até o momento, percebe-se que a utilização do argumento de inconstitucionalidade é utilizado a depender do poder de pressão de cada grupo e da própria política, e não por decorrência de uma análise hermenêutica isolada dos membros do Poder Judiciário a respeito dessas inúmeras reformas, pois se assim o fosse, o resultado das decisões seriam absolutamente diversos.

O que importa nesse ponto é a utilização dos argumentos de inconstitucionalidade pelos atores do sistema de justiça e qual o impacto quantitativo dessa argumentação nas decisões no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal, não se tratando do caso de uma disfunção a decisão do órgão judicial em um sentido, ou em outro, mas sim de descrição do uso do argumento e do seu impacto quantitativo na decisão judicial.

O reconhecimento de que existem desafios da própria epistemologia jurídica para a compreensão é uma fase importante para que o diálogo entre ramos distintos do conhecimento e que possuem o mesmo objeto de pesquisa, possa se desenvolver sem que ocorra prejuízo para nenhum dos dois lados.

Nesse sentido, a literatura brasileira sobre o controle de constitucionalidade tem muito a ganhar no desenvolvimento de novos problemas para pesquisas normativas e também pesquisas empíricas a partir da aproximação proposta.

No próximo capítulo serão expostos conceitos que são resultantes das aproximações entre o Direito e a Ciência Política nas últimas décadas no Brasil. O objetivo é articular questões correlatas a Teoria da Constituição e a análise das instituições, com vistas a encaminhar o desenvolvimento da pesquisa para análise de dados que será desenvolvida no terceiro capítulo.

## 2 ANÁLISES INTERINSTITUCIONAIS: COLOCANDO AS PEÇAS JUNTAS NOVAMENTE

Conforme será visto no presente capítulo, grande parte da agenda das pesquisas sobre o Poder Judiciário no Brasil em período posterior a Constituição Federal de 1988 foi desenvolvida a partir de perspectivas que separam essa instituição do seu espaço de atuação, como se o mesmo operasse em um vácuo sem a coexistência de outras instituições de igual relevância, como também de atores políticos cujo comportamento, igualmente, pode impactar o funcionamento e estabilidade do sistema político.

No presente trabalho foi adotada a posição diversa, em um esforço de *putting the pieces together*, isto é, analisar as instituições de forma conjunta e interacional e não isoladamente, visando o desenvolvimento de um aporte teórico metodológico que possibilite o exercício de avaliações de desempenho da metodologia proposta para análises de relações interinstitucionais referentes ao Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

Neste sentido, existem elementos que precisam ser considerados nesta mudança de perspectiva analítica. O primeiro deles é a necessidade do reconhecimento que a interação entre os poderes é elemento consequente de uma Teoria da Soberania, que apenas é tripartida por razões funcionais, no ponto, não é demais lembrar que o artigo 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece que os poderes da República são independentes e harmônicos entre si.

Institucionalmente, e voltando ao desenho elaborado na obra o *Federalista*, importa resgatar o conceito de “Governo Misto” que se encontra *pari passu* ao conceito de “Separação dos Poderes”.

Trata-se de dois princípios com direções distintas, mas complementares. Se por um lado a separação dos poderes remete à uma tentativa de delimitação das esferas de atuação de cada um dos poderes, por outro, o princípio do Governo Misto tem como direção o postulado que todos os três poderes derivam da mesma soberania e, por isso, possuem uma perspectiva de atuação no sistema político que lhe possibilite alguma esfera de estabilidade e condições para o exercício das suas competências.

Esse dilema de interpretações também esteve presente no projeto original, quando a desconfiança sobre o Poder Legislativo, e suas tendências descentralistas, era concebida como justificativa para projetos abstratamente estanques das relações entre os poderes, como se fosse possível uma separação absoluta entre os mesmos. Tal rigidez interpretativa não era extensível no mesmo grau ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, nesse ponto é possível

identificar o desenvolvimento do conceito de Governo Misto, no qual o Poder Legislativo era concebido com mais desconfiança pelos autores da obra *O Federalista* (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993).

A outra dimensão também marcante é a intervenção entre os poderes como verdadeiro mecanismo de defesa da sua autonomia. Nas palavras de Madison, Hamilton e Jay (1993, p. 421-426), no *Federalista* n. 66: “A mistura parcial (dos poderes) é (...) não só adequada como necessária à defesa dos diversos braços do governo, uns contra os outros”.

Feito o resgate das relações interinstitucionais entre os poderes no desenho dos Estados contemporâneos, a partir da mitigação do princípio da Separação dos Poderes e considerando o princípio do Governo Misto,<sup>30</sup> tal mudança de perspectiva também encontra apoio em propostas promissoras de análises desenvolvidas por Jeb Barnes, Mark Miller e Robert Katzmann Jr. (2004) no trabalho *Policy Making, Policy Law*, na defesa das análises interinstitucionais os autores apresentam os seguintes argumentos favoráveis:

**Importância de novos enfoques sobre as análises institucionais** – Nas últimas décadas ocorreu uma grande ênfase em análises subjetivistas dos atores políticos, seja de forma metodologicamente organizada ou não, muitas vezes em prejuízo do reconhecimento de que estes atores agem a partir de constrangimento, limitações e competências dadas pelas instituições que os mesmos integram. Com isso, pretende-se indicar que as análises institucionalistas podem receber aportes de modo a chegar a resultados promissores.<sup>31</sup>

**Limites do excesso da especialização** – Caracterizado pelas situações nas quais os pesquisadores enfocam exclusivamente um dos Poderes da República, em desconsideração dos demais, sendo possível tratar até mesmo de uma verdadeira *balcanização* dos pesquisadores de cada poder da república, o que pode derivar prejuízo para análises mais amplas. (BARNES; MILLER; KATZMANN JR., 2004, np).

Em relação ao Poder Judiciário, a proposta de análise interinstitucional apresenta-se ainda mais pertinente, pois a tendência de sua análise isolada e apartada do sistema político é historicamente marcante. Isso em função das expectativas depositadas sobre tal poder como possibilidade de solucionamento de impasses centrais aos Estados democráticos contemporâneos, o que justificou a criação de um grande número de prerrogativas dos seus membros e garantias institucionais para o exercício de tais funções.

---

<sup>30</sup> Vale ressaltar que não é apenas na obra *O Federalista* que é possível fazer esta referência, uma leitura mais cuidadosa do trabalho do Barão de Montesquieu sobre o *Espírito das Leis* também remeteria à análises convergentes com o posicionamento ora defendido.

<sup>31</sup> Conforme será estudado no momento oportuno, tal questão remete ao secular debate entre behavioristas e institucionalistas, como também as relações entre os atores políticos e as instituições, e os seus desdobramentos teóricos sobre o neoinstitucionalismo. Em que pese tal tema não possa ser considerado de fácil solução, desde já importa destacar que o presente trabalho aproximar-se-á da perspectiva teórico neo institucionalista por razões epistemológicas do trabalho encontrar-se vinculado à um Programa de Pós Graduação em Direito e à uma linha de pesquisa correlata ao Direito Constitucional.

Outro elemento que enseja análises apartadas do Poder Judiciário, dificultando a compreensão das suas funções exercidas no funcionamento do sistema político contemporâneo é a linguagem técnica do campo do Direito, e não referente aos interesses dos seus principais atores.

Neste ponto, o conceito de representação política faz toda a diferença, visto que diferentemente do Poder Executivo, cujo o resultado eleitoral dá ensejo à discursos em nome do povo, e dos membros do Poder Legislativo que podem se expressar como representantes dos seus eleitores, e isto não é concebido como uma disfunção, os membros do Poder Judiciário se expressam a partir de uma construção discursiva de equidistância e objetividade, do que resulta bem mais complexa a atividade de compreensão do comportamento dos membros da instituição e de suas decisões.

Ao considerar o objeto prioritário de análise do trabalho, as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do processo legislativo federal, como foco de observação das suas relações entre os órgãos de cúpula do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, a perspectiva interinstitucional apresenta-se oportuna.

Nesse sentido, importa destacar que a produção de decisões em sede de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário caracteriza-se como uma análise de compatibilidade e adequação do processo e procedimentos adotados pela respectiva casa legislativa com a Constituição Federal de 1988, como também da produção legislativa que lhe é resultante e das interpretações do regimento interno de cada uma das casas do Congresso Nacional, todos esses elementos apresentam-se suscetíveis de impugnação na esfera judicial.

Assim, se o modelo democrático representativo contemporâneo é a tentativa de institucionalidade dos conflitos políticos (BOBBIO, 1997; MIGUEL, 2014, 2017), o processo legislativo apresenta-se como um espaço privilegiado para se verificar essa miríade de divergências de opiniões e projetos. Quando a esfera legislativa não é suficiente para a composição de um consenso, a esfera judicial é trazida como possibilidade de solução dos conflitos, ou para a não menos importante definição sobre as regras processuais e procedimentais válidas.

A possibilidade de tensionamento interinstitucional, portanto, é inegável, por um lado, com fundamento na concepção de separação dos poderes, é defendida a não interferência do Poder Judiciário em temas que são considerados internos ao Poder Legislativo, em sentido diverso em nome da guarda e defesa da Constituição Federal de 1988 cria-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal definir as regras do jogo, inclusive, para o Poder Legislativo.

Todavia, a antítese não é a única possibilidade de relação entre este e o Supremo Tribunal Federal, como já apontado pela doutrina (BRINKS; BLASS, 2018; FERREJOHN, 2002; HIRSCHL, 2013), além da chave das intervenções, antíteses e até eventuais conflitos, as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo também podem ser caracterizadas como relações simbióticas, de convergência e adaptação.

O desafio de uma pesquisa que, a partir das teorias normativas do Direito Constitucional, visa identificar relações junto as pesquisas empíricas, é pensar como esses conceitos chaves podem fazer parte de um aporte analítico das relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

Assim, os resultados indicam a pertinência da superação de perspectivas estanques na caracterização das relações do Poder Judiciário com o Poder Legislativo, visto que as chaves analíticas como ativismo judicial, judicialização, majoritarismo, contramajoritarismo, decisões de auto deferência, decisões estratégicas e consequencialistas, todas, fazem parte das possibilidades de atuação das relações entre os poderes da República.

Ainda que tais fenômenos sejam de difícil compreensão, a sua descrição criteriosa já é um avanço significativo desse campo do conhecimento. Particularmente, em relação aos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o processo legislativo, ou ao seu resultado, o seu impacto no funcionamento do Congresso Nacional é de grande monta, seja pela anulação com efeitos *erga omnes* de um ato normativo produzido pelo órgão legislativo, seja impondo formas específicas de trâmites processuais ou procedimentais.

Com o objetivo de visar maior clareza epistêmica em tais empreendimentos, se faz necessário diferenciar o que será analisado, sobre os campos possíveis para a compreensão desse objeto a partir dos resultados obtidos Matthew Taylor (2007, p. 148, tradução nossa)<sup>32</sup> escreveu:

As conclusões deste capítulo são triplas, abordando (1) a importância metodológica de distinguir entre veto players e pontos de veto; (2) as contribuições de tal abordagem para entendimentos pluralistas e institucionalistas da representação de grupos de interesse; e (3) os determinantes das funções dos tribunais como potenciais pontos de veto na reforma política.

No presente trabalho serão destacados o tópico (1) e (3) da referência supracitada, considerando que a distinção entre veto players e pontos de veto é essencial para o melhor desenvolvimento da pesquisa. O comportamento dos demais atores que acionam o sistema de

---

<sup>32</sup> “The conclusions of this chapter are threefold, addressing (1) the methodological importance of distinguishing between veto players and veto points; (2) the contributions of such an approach to pluralist and institutionalist understandings of interest group representation; and (3) the determinants of courts’ roles as potential veto points in policy reform”. (TAYLOR, 2007, p. 148).



justiça e ensejam a judicialização da política não serão objeto de enfoque, até porque a literatura tem produção fértil a respeito desses atores (VIANNA *et al.*, 2014; CASTRO, 1997), por outro lado é fundamental a indicação do processo judicial como modelo institucional delineador dos pontos de veto.

Nesse quesito é importante sofisticar o debate sobre processo legislativo, a sua definição e contornos finais extrapolam em muito a definição estrita de fases processuais, pelo contrário as diferenças processuais entre o processo legislativo comum e os processos legislativos especiais<sup>33</sup> instituem possibilidades diversas de aumento da judicialização da política e exercício do poder de veto pelo Poder Judiciário, a definição do trâmite processual tem sido objeto de grande discussão jurídica e política.<sup>34</sup>

Assim, o reconhecimento do uso do controle de constitucionalidade como objeto de disputa e invenção política não é um elemento inaugural da produção científica sobre esse tema (GRABER, 2005b), a pesquisa empírica, por sua vez, como referência de análise das relações interinstitucionais, sempre servirá para fins de registro de recortes históricos específicos.

O presente trabalho engloba o período histórico de reformas estruturais no Brasil, sobretudo, a partir de 2017, e possui inegável paralelo com as reformas estruturais que ocorreram no país na década de 90, ambas influenciadas pela concepção neoliberal de Estado. Sendo os resultados da presente pesquisa convergentes com os dados referentes as posições do Supremo Tribunal Federal em relação as deliberações majoritárias do Poder Legislativo naquele período, quais sejam, sim, o tema do processo legislativo impacta nas decisões do Supremo Tribunal Federal, e que as maiorias conjunturais do Poder Legislativo exercem forte poder de convergência em relação ao Supremo Tribunal Federal (TAYLOR, 2008).

Na pesquisa empírica que será apresentada no próximo capítulo, tais resultados se projetam a partir da verificação do impacto quantitativo da variável referente ao tema do processo legislativo nas decisões do Supremo Tribunal Federal, quantitativamente é possível indicar que o tema dos processos legislativos sobre direitos sociais ocupa um espaço significativo entre aqueles que demandam junto ao órgão, por outro lado as análises inferenciais não possibilitam afirmar que tal recorte tenha relevância no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>33</sup> Nos termos da Constituição Federal de 1988 o processo legislativo comum trata das regras de aprovação das leis ordinárias, e os processos legislativos especiais tratam de atos normativos específicos tais como emendas constitucionais, leis complementares, decretos legislativos e resoluções.

<sup>34</sup> Não sem motivo, na história da Suprema Corte Norte Americana as mudanças da jurisprudência sobre conceito de devido processo legal teve grandes repercussões na efetivação dos direitos fundamentais e também nas relações entre os poderes da república.

Em relação ao segundo campo de análise pertinente para o presente trabalho (3) os determinantes das funções dos tribunais como potenciais pontos de veto; devemos considerar que a ampla gama de competências exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, sejam recursais ou originárias, cada qual com critérios processuais próprios, legitimidade ativa, pressupostos, e efeitos da decisão distintos, ensejam uma possibilidade de caracterização do Supremo Tribunal Federal como ator com poder de veto, e também como ator que reconhece a outros atores a possibilidade de demanda pelo exercício do poder de veto (OLIVEIRA; SANTOS, 2019; TSEBELIS, 2019).

Assim, um Tribunal que decide sobre as próprias regras as quais se submete é inegavelmente um órgão que não pode ser interpretado isoladamente em relação ao seu funcionamento junto ao sistema político. Ao interpretar as regras sobre o processo legislativo, o Supremo Tribunal Federal define os parâmetros institucionais de deliberação sobre o conflito político.

Estabelecida essa perspectiva interinstitucional, no próximo tópico será realizada uma análise do debate doutrinário sobre o Poder Judiciário. O objetivo é um esforço de metanarrativa e exposição sobre como as principais teorias de análise do Poder Judiciário delineiam as relações desse poder com os demais poderes da República. O destaque será para as teorias que fazem defesa da deferência da atuação do Poder Judiciário no funcionamento da República, entre elas o minimalismo judicial e o procedimentalismo, e por outro lado, as teorias que apresentam a supremacia judicial como justificadora do fortalecimento desse poder.

## 2.1 A DEFESA DO JUDICIAL REVIEW E O MINIMALISMO JUDICIAL

O objetivo do presente tópico é fazer uma exposição sobre a produção contemporânea no Direito Constitucional e tendo como recorte a forma como o Poder Judiciário é delineado, suas funções e expectativas incidentes sobre o seu papel na organização institucional do Estado contemporâneo.

O nosso argumento é que as tentativas de conceituação da atuação do Poder Judiciário em viés normativo são bastante relevantes, mas esses aportes teóricos nem sempre relacionam com clareza os efeitos institucionais das suas propostas na organização dos poderes. É defendido que tal relação, entre a proposta teórica e a análise institucional, é bastante relevante para aqueles que pretendem desenvolver pesquisa sobre o funcionamento das instituições em recortes historicamente dados (FRIEDMAN, 2005; GRABER, 2005a).

As questões de fundo são aquelas apresentadas no primeiro capítulo, considerando o debate normativo sobre as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, como é possível descrever e analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de jurisdição constitucional sobre processo legislativo federal no período entre 2011 a 2019? E como perguntas secundárias, são apresentadas as seguintes: Quais os principais argumentos dispostos pela doutrina do Direito Constitucional contemporâneo referente às relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo? A dificuldade de definição da supremacia nas relações entre os poderes está relacionada ao desenho constitucional contemporâneo? E, por fim, a partir da pesquisa empírica desenvolvida, em pesquisa quantitativa, como é possível analisar o resultado das decisões do Supremo Tribunal Federal em relação ao Congresso Nacional no período delimitado? Entre as variáveis selecionadas, quais são as variáveis independentes de maior impacto no processo decisório do Supremo Tribunal Federal sobre processo legislativo?

No primeiro capítulo foram apresentados dois extremos nesse debate, a partir da visão de Ronald Dworkin (2000, 2014) e Jeremy Waldron (2003, 2005, 2016). Esta polarização é possível em consideração da formulação desenvolvida por Nimer Sultany (2012) e já referida. Em um polo, o campo representado pela expectativa de uma relação convergente entre democracia e constitucionalismo, na qual o Poder Judiciário exerce a função de aperfeiçoamento e solução das tensões mais agudas desse sistema político, tal como proposto pelo grande Filósofo do Direito da Universidade Yale, e no outro extremo uma posição de profunda crítica ao *judicial review* e das suas funções nos regimes democráticos, segundo a qual não existe convergência contributiva entre os conceitos de democracia e constitucionalismo, conforme defendido por Jeremy Waldron.

Na tipologia apresentada por Nimer Sultany encontram-se os seguintes grupos (2012, p. 388):

Quadro 1 – Tipologia de Nimer Sultany

<b>Meta-Grupos</b>	<b>DISCURSOS DE UNIÃO</b>		<b>DISCURSOS DE DESUNIÃO</b>	
<b>Grupos</b>	Negam a tensão	Reconciliadores da tensão	Não reconciliadores da tensão	Defendem a dissolução da tensão
<b>Representantes</b>	John Rawls Ronald Dworkin Jurgen Habermas Frederic Schauer Bruce Ackerman John Ferejohn	John Hart Ely Frank Michelman Cass Sunstein Mark Tushnet Larry Kramer	Frank Michelman Laurence Tribe Louis Seidman	Jeremy Waldron Mark Tushnet Richard Parker

Fonte: Sultany (2012, p. 388).

No presente tópico serão apresentadas posições intermediárias, que indicam nuances entre os elementos propostos, como propostas de soluções para as questões de fundo expostas.

A seleção dos autores apresentados levou em consideração a contribuição de cada um no debate contemporâneo sobre as relações entre constitucionalismo e democracia. De que modo cada autor equacionou o debate sobre a dificuldade contramajoritária e a atuação do Poder Judiciário em relação aos demais poderes da República, com destaque para o Poder Legislativo. Além disso, outro critério de seleção foi a convergência das formulações teóricas dos autores com os problemas centrais da presente pesquisa.

O primeiro autor é Jurgen Habermas (1997), que possui um destaque central na discussão sobre direito e democracia no século XX, a sua importância para o presente trabalho apresentar-se-á em dois momentos. O primeiro quando da exposição agora desenvolvida a respeito das suas contribuições para análise da relação entre constitucionalismo e democracia, e o segundo ocorrerá destacadamente sobre sua proposta de equacionamento entre processo e direitos humanos, como também suas contribuições para o reconhecimento de um fundamento normativo do processo legislativo (OLIVEIRA, 2016).

Em texto clássico sobre a Teoria da Democracia, o autor apresenta três modelos cuja distinções se fazem necessárias para o debate agora proposto, a perspectiva liberal da democracia, a perspectiva republicana e a proposta de viés deliberativo. Conforme é apresentado de forma esquemática no Quadro 2, a cada modelo de democracia é possível apontar a predominância de elementos que são caros à modernidade jurídica. Isso importa para o presente trabalho, porque a diferença entre esses modelos implica em expectativas distintas sobre o funcionamento do Poder Judiciário na separação dos poderes.

Se acompanhar a organização esquemática proposta por Cláudio Ladeira de Oliveira (2006, p.101) é possível estabelecer uma esquematização entre cada um desses modelos:

Quadro 2 – Esquematização dos Modelos de Democracia

<b>MODELO</b>	<b>LIBERAL</b>	<b>REPUBLICANO</b>
<b>Ação</b>	Estratégica	Comunicativa
<b>Natureza do processo político</b>	Mercado de ideias	Diálogo. Política jus generativa.
<b>Conceito de cidadão</b>	Liberdade negativa	Liberdade positiva
<b>Conceito de direito</b>	Precedência dos direitos subjetivos	Precedência do Direito Objetivo.
<b>Condições processuais de legitimidade</b>	Processos capazes de agregar interesses pré-políticos	Processos capazes de transformar dialogicamente perspectivas.
<b>Vínculo com a filosofia do sujeito</b>	Sociedade centrada no mercado	Sociedade centrada no Estado.

Fonte: Oliveira (2006, p. 101).

Como se percebe, os pressupostos de cada um desses modelos normativos de democracia não são absolutamente coincidentes, do que podem resultar incompatibilidade e até mesmo dificuldade de equacionamento de questões correlatas. Por exemplo, basta supor duas pessoas conversando sobre a democracia, e cada uma usando uma concepção distinta da outra. Ainda que essas pessoas estejam de boa-fé, tais elementos podem resultar em soluções bastante distintas para os problemas colocados.

Os aspectos positivos e estimulantes da obra de Jurgen Habermas são muitos, para as ciências jurídicas destaque para a publicação do livro *Direito e Democracia* (1997), logo após a queda do muro de Berlim e tendo como referência principal de reflexão teórica os dilemas da Alemanha Ocidental no pós-segunda guerra.

Certamente, o empenho em desenvolver uma perspectiva normativa sobre a democracia é um ponto positivo a ser considerado, isso é, a despeito de todas as experiências negativas do século XX haver uma preocupação com a justificação das instituições foi um elemento de grande valor.<sup>35</sup>

Além da inafastabilidade da perspectiva normativa da democracia, que também é compartilhada na presente pesquisa, o trabalho do filósofo alemão se notabilizou por tentar agrupar uma proposta metodológica que considere elementos empíricos da análise social. Trata-se de dificuldade de monta, que muitas vezes coloca o pesquisador em difícil decisão, entre o aprofundamento teórico, ou a análise descritiva do fenômeno social ou de determinada instituição. Para o trabalho ora em desenvolvimento, destaca-se o seu conceito de constituição, a partir do qual se aproximam suas contribuições ao campo de pesquisa enfocado:

Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, e bem-vinda uma jurisdição constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa de formação política da opinião e da vontade: uma tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir um papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 347).

Assim, é possível apresentar pesquisas que aproximaram o trabalho de Jurgen Habermas de um debate em relação ao funcionamento do Poder Judiciário, no conceito da

---

<sup>35</sup> Vale destacar que entre a década de 90 do século XX, e o ano no qual o presente trabalho é escrito, 2020/2021, muitos fatos trouxeram fundadas dúvidas sobre a potencialidade do regime democrático contemporâneo promover emancipação aos seus cidadãos, garantindo seus direitos e promovendo os valores compartilhados. Com isso, o próprio Jurgen Habermas revela preocupação com tendências extremistas que colocam em risco a democracia. (HERMOSO, 2018).

separação dos poderes, e as relações da sua atuação com a manutenção do regime democrático.

Nesse sentido, dois trabalhos merecem destaque sobre a sua pertinência em relação a presente pesquisa, o primeiro é a tese de doutoramento de Cláudio Ladeira de Oliveira (2006) que apresentou como problema justamente a identificação das situações nas quais uma posição mais ativa do Poder Judiciário se faria necessária, e como equacionar isso com a proposta de autocontenção também defendida por Jurgen Habermas. Nesse sentido:

Trata-se de um modelo que recomenda uma jurisprudência ofensiva em casos em que isto é necessário para promover a deliberação democrática e uma jurisprudência auto contida em casos nos quais é grande o risco de legislação concorrente por parte dos tribunais – e conseqüente juridificação. (OLIVEIRA, 2006, p. 129).

Em função da dificuldade de definição desses parâmetros de atuação adequada do Poder Judiciário em um sistema de separação dos poderes de recorte democrático, a proposta apresentada aproxima Jurgen Habermas de Cass Sunstein (2009), isso é, a prevenção a abusos por parte do Poder Judiciário deverá ser buscada no mimalismo judicial, conforme os elementos que serão expostos resumidamente a seguir no presente capítulo.

Um segundo trabalho que auxilia na aproximação da proposta habermesiana da presente pesquisa é a obra *Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, do pesquisador Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, com primeira edição no ano 2000 (OLIVEIRA, 2016). A grande contribuição desse trabalho é um esforço para pensar a teoria habermasiana a partir do processo legislativo, isso é, se tal procedimento da forma como previsto na Constituição é passível de ser interpretado como suficiente para ensejar o agir comunicativo, e quais os pressupostos necessários a serem preenchidos.

Com isso é possível afirmar que o trabalho de Cláudio Ladeira de Oliveira (2006) possibilita uma análise mais ampla das relações interinstitucionais entre o Poder Judiciário e os demais poderes, e, por outro lado, o trabalho de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2016) possibilitará uma compreensão mais adequada de quais os pressupostos normativos podem ser operados a partir de Jurgen Habermas de modo que a análise sobre o processo legislativo não seja apenas descritiva, ou despida de fundamentação.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> A exposição mais detalhada de tal conteúdo ocorrerá no próximo capítulo, quando serão estudadas as relações entre democracia representativa, Poder Legislativo e processo legislativo.

Ao acompanhar a classificação de Nimer Sultany (2012)<sup>37</sup>, e agora com foco em um autor que reconhece a tensão entre constitucionalismo e democracia, mas defende a possibilidade de sua conciliação, destaca-se a obra de Alexander Bickel (1986), originalmente publicada em 1962, sobre a dificuldade contramajoritária, que vai pautar em larga medida discussões a respeito das funções exercidas pelo Poder Judiciário, sua legitimidade e características, no sistema político do Estado contemporâneo, de modo que se faz necessária uma sucinta exposição dos seus principais argumentos, desde já importa ressaltar que os mesmos têm sido relativizados pela doutrina contemporânea, conforme será apresentado no decorrer desta pesquisa.

O trabalho de Alexander Bickel (1986) busca parâmetros de justificação para o exercício do controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, ou, melhor, por quais motivos um poder formado por pessoas não eleitas pode declarar a nulidade de atos legislativos aprovados por pessoas eleitas?

Nessa senda, a identificação do Poder Judiciário como receptáculo dos valores fundantes da sociedade contemporânea se destaca, a partir do reconhecimento de que não apenas processos e procedimentos são suficientes para a justificação de um regime político, como também não são reconhecidos como suficientes argumentos majoritários, torna-se necessário que um poder exerça essa função com prioridade (BICKEL, 1986).

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário é apresentado com grande responsabilidade de portar e externar os valores democráticos a partir das suas decisões. Na esteira do construtivismo típico do direito costumeiro, a decisão judicial é concebida como um momento de reafirmação dos seus valores fundantes, reconhecendo-se, assim, ao Poder Judiciário esta função de expressão, manutenção e desenvolvimento dos valores republicanos frente aos desafios da sociedade contemporânea.

Dois aspectos merecem destaque na obra de Alexander Bickel (1986), o primeiro referente a existência dos valores neutros a serem aplicados pelo Poder Judiciário, e o segundo referente àquelas situações nas quais dois, ou mais valores, igualmente relevantes para aquela sociedade, se apresentam em colisão ou em posição de divergência.

Quando o Poder Judiciário precisa tomar uma decisão parcial em situações nas quais o texto constitucional não é clarividente surge a pertinência do debate sobre as análises políticas

---

<sup>37</sup> Segundo tal classificação, Jurgen Habermas é apresentado como negador da tensão entre constitucionalismo e democracia, assim, ainda que a ordem cronológica das obras não tenha sido observada, decidimos adotar a explanação levando em consideração o posicionamento de cada autor em relação a tensão citada, e as repercussões disso no referente às expectativas depositadas sobre o Poder Judiciário e suas competências no âmbito da separação dos poderes.

a respeito deste poder, a saber, seja em nome da técnica jurídica, em nome da Filosofia, ou da República, ou do Povo, uma decisão desta natureza impactará positivamente, ou negativamente, interesses políticos que estão presentes em uma concepção plural de sociedade democrática. Neste ponto, a proposta de Alexander Bickel (1986) é pela deferência do Poder Judiciário em relação ao processo decisório em relação aos demais poderes.

A referência é explicativa da possibilidade de localização de Alexander Bickel (1986) como um autor que justifica a existência do *judicial review* como elemento central na qualificação do regime democrático contemporâneo, todavia, a sua posição é de maior deferência do Poder Judiciário em relação as suas esferas de atuação.

Na senda argumentativa já recorrente no constitucionalismo norte-americano (THAYER, 1983), o autor indica que o exercício do controle de constitucionalidade sofre de um déficit de justificação no modelo norte-americano e que esta dificuldade enseja um exercício contido, autorreferente, em relação aos demais poderes.

Justamente na busca por esse equilíbrio, as propostas de Alexander Bickel (1986) envolvem as virtudes passivas resultando em deferência judicial, de modo que o seu exercício não seja uma imposição da deliberação desse poder em relação aos demais e à sociedade. A virtude passiva do Poder Judiciário, portanto, encontra-se pautada em parâmetros de cometimento e moderação.

Esse delineamento passa na concepção do autor pelo reconhecimento de parâmetros para o exercício dos limites da jurisdição constitucional, que mesmo não sendo os mesmos sempre claros, podem ser reconhecidos a partir de técnicas tais como a doutrina de não intervenção em questões políticas, o reconhecimento da regra *no standing*, isso é, quando a demanda não apresenta fundamento constitucional que justifique a adjudicação constitucional a mesma não deve ser apreciada (BICKEL, 1986).

Em justiça a obra do autor, é importante se evitar uma análise simplista, segundo John Hard Ely (2016), os esforços desenvolvidos por Alexander Bickel na busca por uma fundamentação adequada para o direito o levaram à uma verdadeira odisseia intelectual.

A razão? Os valores neutros? A tradição? Quais devem ser as fontes adequadas de justificação do Direito? Como se não bastasse tal pluralidade, muitas vezes o autor foi incompreendido porque reconhecia a necessidade de que pessoalmente os juízes possuíssem seus valores morais, ainda que defendesse a necessidade de neutralidade do Poder Judiciário.

Assim, em que pese o argumento da dificuldade contramajoritária, ainda seja recorrente até os dias atuais, é pertinente apresentar outras perspectivas que tiveram como resultado a relativização dos postulados apresentados por Alexander Bickel, no



desenvolvimento de pontos de fragilidade da sua proposta que muitas vezes o próprio autor reconheceu.

Nesse contexto do final da década de 60, a produção norte-americana era bastante fértil, e mesmo antes da publicação de *The least dangerous branch*, em 1962 (BICKEL, 1986), é relevante ressaltar a publicação de Robert Dahl que apresenta uma outra perspectiva da análise sobre as funções das Cortes Supremas nos regimes políticos.

A publicação de *Decision-making in a democracy: The Supreme Court as national policy maker*, publicada originalmente em 1957, Robert Dahl (2017) retoma a tradição dos realistas para análise das instituições e abre um fértil debate sobre a relação do Poder Judiciário e os demais poderes da República a partir do binômio poderes majoritários e poderes contramajoritários.

A proposta de Robert Dahl (2017) dialoga com seu campo de atuação, a Ciência Política, e também com a tradição de análise realista das instituições jurídicas e políticas, marcantes na produção científica norte-americana, destacadamente, a partir da década de 30 do século XX.

O artigo com amplo impacto na forma de se analisar o papel das Cortes Supremas nos sistemas políticos tem como pressuposto o reconhecimento de que não se trata apenas de um órgão de natureza burocrática, ou exclusivamente jurídico em sentido dogmático do termo. Esse ponto marca uma mudança de perspectiva que altera o senso comum compartilhado a respeito das Cortes Supremas nos sistemas políticos contemporâneos, qual seja, o reconhecimento de que se trata de uma instituição que integra o sistema político, e que, além disso, a sua atuação também tem impacto no funcionamento desse sistema em análise.

Segundo Dahl (2017), o reconhecimento da Suprema Corte como integrante e partícipe do sistema político decorre da sua condição de órgão decisor sobre questões políticas. Tal caracterização deriva dos seguintes elementos das decisões judiciais:

(a) as alternativas que são consideradas "abertas"; (b) as consequências que provavelmente advirão da escolha de uma determinada alternativa; (c) o nível de probabilidade de que essas consequências realmente ocorrerão; e (d) o valor relativo das diferentes alternativas, que isto é, uma ordenação das alternativas da mais preferível para a menos preferível, dadas as consequências esperadas e a probabilidade esperada das consequências realmente ocorrerem. (DAHL, 2017, p. 564, tradução nossa).<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> "(a) the alternatives that are thought to be "open"; (b) the consequences that will probably ensue from choosing a given alternative; (c) the level of probability that these consequences will actually ensue; and (d) the relative value of the different alternatives, that that is, an ordering of the alternatives from most preferable to least preferable, given the expected consequences and the expected probability of the consequences actually occurring". (DAHL, 2017, p. 564).

Indicar o Poder Judiciário como órgão integrante e partícipe do sistema político não era uma novidade da época, pois tal identificação já era compartilhada por um grande número de analistas, e muito menos poderia ser considerado uma novidade nos dias atuais, ainda que uma parte substantiva da produção científica e dos discursos jurídicos diminuam essa perspectiva.

Dois elementos merecem ser destacados nos pressupostos apresentados pelo autor como justificadores da condição do Poder Judiciário como integrante e partícipe do sistema político. No primeiro, mais conhecido pela Teoria do Direito, a dificuldade de definição de interpretação em situações nas quais cláusulas abertas não sejam claras em relação ao seu conteúdo e, outro elemento, não menos importante, diz respeito as consequências das decisões das Supremas Cortes em relação aos principais atores políticos envolvidos.

Interessante observar que mesmo sem adentrar ao campo do consequencialismo, o deferimento ou indeferimento de um pedido no Poder Judiciário pode premiar ou frustrar as expectativas dos atores que foram responsáveis pelo seu acionamento. Esses argumentos problematizam a caracterização sobre a dificuldade contramajoritária da sua decisão.

A partir da discussão sobre as relações entre o Poder Judiciário e os demais poderes da República, Robert Dahl (2017) aponta não apenas a inadequação a respeito do argumento da dificuldade contramajoritária, como também desenvolve a hipótese analítica que esse poder tende a convergir com os demais poderes majoritários, sobretudo, em consideração da passagem do tempo e os processos de indicação do Poder Executivo para a composição das Supremas Cortes.

Segundo o próprio, a indicação de que o Poder Judiciário é um poder contramajoritário desconsidera processos de seleção dos membros da Suprema Corte, pois tanto nos Estados Unidos, como no Brasil, e em inúmeros países do mundo, esse processo passa pela indicação do titular da Presidência da República, sabatina pelo Senado Federal e nomeação pelo titular da Presidência da República, do que resultaria o reconhecimento patente da necessidade de aprovação de órgãos majoritários do Poder Executivo e do Poder Legislativo para se ocupar uma cadeira na Suprema Corte, como também a construção, sempre passível de pesquisa, a respeito das influências desse processo de escolha no conteúdo das decisões dos futuros ministros (DAHL, 2017).

O autor apresenta dados que indicam a média de ministros que são indicados por mandatos de Presidentes da República, em caso de reeleição, a média sobe de forma significativa, ora, a tendência é o Chefe do Poder Executivo selecionar pessoas advindas de grupos que compartilham, ainda que genericamente, dos seus principais pontos de vista a

respeito da organização da sociedade, pois seria muito estranho a indicação recair sobre alguém que *a priori* faria oposição ao Poder Executivo (DAHL, 2017).

Isso não significa, em absoluto, que o autor indique como simples a compreensão da relação indicada entre Poder Judiciário e os demais poderes da República, a denominada Regra da Corte, isso é, as variáveis que serão relevantes para a compreensão sobre a sua atuação sobre o sistema político, é um campo de pesquisa que será desdobrado em centenas de outros campos, alguns de vieses mais comportamentalistas e outros de vieses institucionalistas.

Na perspectiva que importa para a presente pesquisa, o que interessa é a relação do Poder Judiciário no âmbito da separação dos poderes, em contextos historicamente recortados, com vistas a identificar como a análise empírica pode elucidar de que modo as decisões do Supremo Tribunal Federal em relação a processos legislativo em trâmite no Congresso Nacional possibilitam analisar essas questões apontadas pela Teoria Constitucional em um recorte historicamente dado.

Nesse sentido, e acompanhando Nimer Sultany (2012) é possível usar como critério de disposição dos autores a forma como cada um se posiciona em relação as funções exercidas pelo Poder Judiciário em um modelo institucional de separação dos poderes, se Alexander Bickel (1986) aposta nas virtudes passivas como critério de equilíbrio e prevenção nas relações entre os poderes, destacam-se mais três autores que apontaram a expectativa de um exercício dessas competências pelo Poder Judiciário que causassem equilíbrio institucional e aperfeiçoamento democrático, John Hart Ely (2016), Cass Sunstein (2007) e Frank L. Michelman (1999). Posteriormente, a pesquisa terá foco em autores com perspectivas que reconhecem como expansivo o papel exercido pelo Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, destacadamente, Alec Stone Sweet (2002), Martin Shapiro (2008), entre outros.

O trabalho de John Hart Ely (2016) é desenvolvido em uma perspectiva cautelosa em relação as possibilidades de atuação e interferência do Poder Judiciário no exercício das competências dos demais poderes da República.

A sua principal obra *Democracy and distrust: a theory of judicial review* teve a primeira edição publicada em 1980 pela *Harvard University Press*, considerando a pergunta sobre a legitimidade e funções do controle de constitucionalidade nas democracias contemporâneas, o autor pode ser localizado como justificador da sua necessidade, mas cauteloso em relação aos seus limites.

Justamente por isso é que se torna possível apontar uma linha de continuidade entre o trabalho de Alexander Bickel (1986) e a proposta de John Hart Ely (2016), com as seguintes diferenças. Esse último reconhece de forma mais clara as relações entre o Poder Judiciário e o sistema político majoritário. A saber, ao invés de apontar o Poder Judiciário como órgão independente do sistema político e comprometido exclusivamente com a melhor interpretação da Constituição, o autor indica que as decisões judiciais, não apenas interpretam, mas também criam o direito e por isso impactam o funcionamento do regime democrático como um todo.

Nesse aspecto, o autor faz uma diferenciação importante entre decisões judiciais sobre a legislação infraconstitucional e aquelas decisões que envolvem temas propriamente constitucionais, isso porque na primeira modalidade o Poder Legislativo tem a possibilidade de alteração ou anulação da própria lei ordinária, por outro lado em matéria exclusivamente constitucionais a denominada dificuldade contramajoritária encontrar-se-ia mais latente (ELY, 2016).

John Hart Ely (2016) se depara, e desenvolve com competência, com a difícil questão: se existem justificativas plausíveis e parâmetros para o reconhecimento da pertinência do *judicial review* nas democracias contemporâneas?

O autor vai procurar sua resposta no conceito de devido processo legal, que é central para a pesquisa aqui apresentada, do que vai resultar a sua classificação como um adepto do procedimentalismo democrático.

Isso porque o argumento de violação ao devido processo é uma justificativa recorrentemente utilizada pelo Poder Judiciário para decisões que resultam na invalidação de atos legislativos.

Sobre o conceito de devido processo legal, não se pode descuidar da mudança semântica que o mesmo sofreu a partir da sua divisão entre devido processo legal formal e devido processo legal material. Tal desenvolvimento ocorreu marcadamente na primeira metade do século XX e não sem coincidência, acredita-se que tal mudança ocorreu no contexto de transformação do Estado Liberal clássico para o Estado de Bem-Estar Social, com todos os elementos que isso implica e já apresentados no primeiro capítulo (ELY, 2016).

Assim, a regra de restrição da declaração de nulidade pelo Poder Judiciário dos atos do Poder Legislativo apenas se justificaria quando a situação for de inconstitucionalidade flagrante.<sup>39</sup> Ela encontrará na cláusula do devido processo legal substantivo um respaldo para

---

<sup>39</sup> Sobre parâmetros restritivos de atuação do Poder Judiciário, sempre é importante o destaque à denominada doutrina Thayer, cujo artigo de 1893, exerceu forte influência em uma perspectiva restritiva do exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário nos Estados Unidos da América. (THAYER, 1893).

intervenções em situações nas quais a necessidade do exercício do controle de constitucionalidade não estava tão clara.

Ely (2016) apresenta vários casos emblemáticos da Suprema Corte norte-americana nos quais a cláusula do devido processo foi utilizada com uma função relevante na justificação da decisão, mesmo aquelas anteriores as grandes mudanças do século XX, como são os casos *Wynehamer vs People* – Sobre a Lei Seca (1856) e o caso *Dred Scott vs Sandford* (1856), como também casos com temáticas bastante contemporâneas como foi o *Lochner vs New York* (1905) e o caso *Roe vs Wade* (1973).

Nesse ponto, o conceito de devido processo legal possui tanta densidade que o mesmo pode ser usado para a invalidação do resultado de uma discussão no âmbito do Poder Legislativo, sob alegação de violação do devido processo legal formal, quando a violação se apresente mais clara. A situação apresenta maior complexidade em argumentos de violação ao devido processo material, visto que comumente a Corte depara-se com situações não claramente previstas na Constituição Federal. Uma terceira hipótese pode ocorrer por uma interpretação mais rigorosa dos procedimentos legislativos por parte do Poder Judiciário, nesse caso também sobraria espaço para o discernimento do Judiciário: “(...) para saber qual o processo devido, a Corte teria de abordar questões para as quais a Constituição não fornece respostas”. (ELY, 2016, p. 27)

Com essas observações, John Hart Ely (2016) visa apontar que a defesa do interpretacionismo não encontrará todas as respostas que procura, pois essas criações jurisprudenciais entre o devido processo legal formal e material, mais a abertura dos ordenamentos jurídicos contemporâneos às cláusulas abertas, dificultam a desconsideração dos espaços com alternativas para a decisão judicial.

Se a inflexão no conceito de devido processo legal da primeira metade do século XX indicou aberturas para maior atuação do Poder Judiciário no sistema político, a segunda metade desse século vai criar institutos e conceitos com muito maior potencial de intervenção do Poder Judiciário nos demais poderes.

Resumidamente, a posição de Ely (2016) é que a fórmula do *judicial review* está dando certo no decorrer dos últimos dois séculos, e isso indicaria que a visão de Alexander Bickel foi por demais diminutiva do potencial do Poder Judiciário, como também que os realistas erram ao supor que esse poder poderia ser destruído por decisões dos outros poderes, ou se essa fosse a vontade da maioria da sociedade.

O argumento apresentado pode ser identificado como historicista, isso é, no decorrer do tempo, a Suprema Corte não se demonstrou tão frágil como se supunha, e o seu poder de

influência sobre o sistema político pode ser considerado marcante, nem mesmo que isso seja restrito a uma extensão dos efeitos no tempo de determinado ato legislativo, ou executivo, que eventualmente vier a ser anulado.

Assim, retaliações advindas dos outros poderes, *court packing* (alteração do número de ministros), reformas legislativas com vistas a esvaziar o conteúdo de determinada decisão da Suprema Corte, retaliações políticas advindas do debate público, tudo isso não tem sido suficiente para a diminuição da sua importância, pelo contrário, esse modelo continua existindo, inclusive, com aumento inquestionável da importância das Supremas Cortes no período posterior a Segunda Guerra Mundial (ELY, 2016).

Em quais pontos e matérias, portanto, Ely (2016) reconhece a possibilidade de intervenção justificada pelo Poder Judiciário no funcionamento do Poder Legislativo? E a resposta a essa pergunta delinea com clareza a dimensão do seu procedimentalismo, como também a sua abertura teórica para o debate democrático contemporâneo.<sup>40</sup> Segundo John Hardt Ely (2016, p. 156) a garantia das regras de participação do cidadão no processo eleitoral, como também a representação adequada dos direitos das minorias, e temas correlatos, justificariam a intervenção do Poder Judiciário no Poder Legislativo, por exemplo: “(...) o controle de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático, e a negação do voto parece ser a mais representativa das obstruções”.

Se o autor reconhece as justificativas de garantia da adequada participação no sistema eleitoral, direito à igual proteção, e garantia dos direitos de minoria, como plausíveis para a legitimar a intervenção do Poder Judiciário no Poder Legislativo, o mesmo também indica que de modo tais temáticas são flexíveis à movimentos expansivos de interferência de um poder da República no outro, a começar pelas interpretações já mencionadas do devido processo legal, que da sua configuração formal para material podem embasar decisões judiciais bem mais expansivas do que inicialmente se poderia supor, sobretudo, pela dificuldade hermenêutica do que seja a expressão devido processo legal material (ELY, 2016).

Como se pode observar, em que pese a proposta de Ely (2016) seja de viés procedimentalista, não lhe escapa uma interpretação a partir dos aportes do processo

---

<sup>40</sup> Vale lembrar que nos EUA a competência legislativa em matéria eleitoral é amplamente descentralizada, de modo que essas questões remetem à debates sobre a separação dos poderes, mas também a temas caros so federalismo.

legislativo que pode sim ser reconhecida como expansiva e até mesmo interventiva no Poder Legislativo, ainda que a argumentação e as justificativas sejam de vieses processuais.

É importante indicar que a própria definição pelo Poder Judiciário de questões que são do âmbito da política, como representação, adequação ao direito à igual proteção, e questões dessa ordem inegavelmente ensejam a análises substantivas do Poder Judiciário, sobre como o Poder Legislativo deve atuar para representar adequadamente seus eleitores.

Tal configuração eleva a complexidade da dificuldade contramajoritária à outra escala, qual seja, um poder definir sobre como o outro poder deve exercer suas competências republicanas. Nesse ponto, as relações entre o respeito as decisões majoritárias do Poder Legislativo e a necessidade de imposição de eventuais limites ao processo legislativo pelo Poder Judiciário ganham também em complexidade, visto que impede descrições peremptórias sobre tais comportamentos institucionais pelos ministros do Supremo Tribunal Federal e impossibilita desconsiderar que é competência própria do Poder Judiciário definir parâmetros para o funcionamento do Estado de Direito, como também do Poder Legislativo, mas ambos, por circunstâncias da política podem se aproximar e convergir com mitigações em relação a estes limites constitucionais.

John Hardt Ely (2016) enfatiza que a produção de leis pode se apresentar como uma competência prioritária para o Poder Legislativo no âmbito do Direito Positivo, sobretudo, em modelos como o caso da Constituição Federal do Brasil de 1988, na qual foi inserido uma regulação detalhada do processo legislativo. Todavia, indica o autor, no funcionamento cotidiano do Poder Legislativo, muitas vezes, o ato de produção de leis pode ser secundarizado por vários motivos, seja pelo especializado conhecimento que precisa ser instrumentalizado a depender do tema do processo legislativo, ficando essa discussão restrita à alguns assessores parlamentares, ou mesmo pelo seu conteúdo politicamente delicado, muitos representantes políticos preferem se dedicar aos contatos com sua base eleitoral, formação de coalisão junto aos demais representantes em detrimento de uma participação mais ativa do processo legislativo, ou até mesmo se abster do debate para não se comprometer politicamente. Com isso, o Poder Judiciário pode ser acionado para tomar decisões que em perspectiva estritamente institucional estariam mais próximas do Poder Legislativo.

Conforme será exposto, a posição de John Hart Ely (2016) é contributiva para o presente trabalho por três razões bastante claras, a primeira em relação à uma concepção cuidadosa e restritiva sobre a atuação do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, a segunda referente a centralidade que o autor reconhece do conceito de devido processo legal para análises das relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo e, por fim, a terceira

em relação a identificação da técnica jurídica de tomada de decisão como um instrumental específico de análise, e não apenas uma fantasia ou embuste utilizado pelos juristas como camuflar os verdadeiros interesses contidos em uma decisão judicial.<sup>41</sup>

Outro autor que também pode ser considerado como reconciliador das relações entre democracia e o *judicial review* é Cass Sunstein (2007), que será responsável pela difusão do conceito de minimalismo judicial, como requisito para se prevenir e evitar invasões indevidas de um poder da República em outro.

Segundo Cláudio Ladeira de Oliveira (2006), a proposta de Cass Sunstein se encontra fundada em duas bases que lhe servem de suporte para a defesa de uma posição de deferência por parte do Poder Judiciário nas suas relações com os demais poderes, o minimalismo formal e o minimalismo substancial.<sup>42</sup>

A obra de Cass Sunstein (2007) é marcada por esse debate contemporâneo ao século XXI, que diz respeito a existência ou não de (im)parcialidade do Direito e da Constituição frente a uma sociedade com elevados níveis de pluralismo e desigualdade material. Na sua proposta de minimalismo judicial, destaca-se a identificação de que no desenho constitucional estabelecido não cabe ao Poder Judiciário avançar na solução das questões de alta complexidade que estão colocadas frente a Sociedade e ao Estado.

A sua proposta é estabelecer uma conexão entre as circunstâncias da justiça, na qual o Poder Judiciário se apresenta como responsável pela apresentação de justificações consentâneas aos postulados republicanos, mas desde que isso seja equacionado com as circunstâncias da política, quando se reconhece que instituições com processos deliberativos majoritários devem ter preponderância para decisões de alta complexidade.

Interessante observar que nessa formulação, o reconhecimento dos limites da razão é direcionado tanto em relação ao Poder Judiciário, como também em relação ao Poder Legislativo, visto que os consensos dos quais resultam a aprovação de leis comumente envolvem casos com significativa generalidade para serem majoritários.

---

<sup>41</sup> Conforme será apresentado, essa posição sobre a técnica jurídica também é compartilhada por Martin Shapiro. Trata-se de uma interpretação que reconhece a linguagem jurídica como algo específico e não apenas uma forma de desvio dos reais interesses dos decisores. Sobre o trabalho de Martin Shapiro e a sua proposta de jurisprudência política ver (SHAPIRO, 1964; SHAPIRO, 1984; SHAPIRO, 2010; INATOMI, 2020).

<sup>42</sup> “O primeiro refere-se principalmente às peculiaridades institucionais do poder judiciário e consiste numa série de recomendações – de caráter “formal” – aos juristas para que evitem utilizar argumentos filosoficamente profundos e controversos ao formular e fundamentar decisões judiciais concretas. É “formal” no sentido de que a princípio é compatível com diversos pontos de vista morais, políticos ou filosóficos apenas cuidando do nível de abstração da argumentação efetivamente utilizada para suportar a decisão judicial. Já o segundo se refere ao conteúdo específico que o minimalismo deve promover nas decisões: as “pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional”. (OLIVEIRA, 2006, p. 270).



Em seu argumento é possível se alcançar consensos sem elementos substantivos robustos, e sem formulações teóricas rebuscadas, e que tal característica é parte do regime democrático, visto que decisões substantivas apresentam maior dificuldade para a convergência entre as partes. E isso não é um problema dos regimes democráticos, mas sim um elemento que facilita o seu exercício.

A principal consequência dessa posição para o presente trabalho é o exercício das competências pelo Poder Judiciário de modo a não invadir a esfera do debate público, como também nas casas legislativas. Tal perspectiva é denominada por Cass Sunstein (2007) como acordos teoricamente incompletos, dos quais devem resultar características de autorrestrição por parte dos membros do Poder Judiciário em seu processo de tomada de decisão.

O conceito de minimalismo judicial, portanto, está relacionado à uma tentativa de conciliar o exercício do *judicial review* em uma democracia contemporânea. Para tanto, as funções exercidas pelo Poder Judiciário precisam ser deferentes ao desenho constitucional que enseja aos demais poderes, uma maior carga de representatividade política e grande responsabilidade na tentativa de formulação de consensos junto a sociedade.

Ao considerar uma perspectiva restritiva das funções exercidas pelo Poder Judiciário é possível delinear não apenas um modelo de separação dos poderes, mas também um modelo de democracia a partir da proposta de Sunstein (2007), na qual não apenas a participação do Poder Judiciário é mínima, mas também os conteúdos definidos por esse regime em relação aos seus cidadãos também são mínimos. Conforme o autor defende, trata-se de um bom começo para se definir a democracia, do que resulta a sua compreensão como um regime em construção, e não acabado, muito menos definido e garantido por um conjunto de membros não eleitos.

Importa destacar que a defesa do minimalismo judicial, como o nome indica, não é avessa a decisões substantivas, pois elas podem ser necessárias na organização de uma sociedade democrática. A delimitação aqui é institucional, o minimalismo se refere aos juízes, em larga medida, porque os mesmos não possuem uma formação tão ampla a ponto que possa opinar com qualidade sobre todas as questões que lhes são colocadas, mas também pela problemática ausência de legitimidade eleitoral dos seus membros.

Assim, as decisões judiciais devem conter aportes teóricos e, sobre questões da moral, apenas e exclusivamente no necessário para a sua justificação e reconhecimento como devidamente motivada, evitando-se qualquer outro tipo de elaboração que transponha essa necessidade.

Em defesa da perspectiva minimalista e dos acordos teoricamente incompletos referentes ao exercício das competências pelo Poder Judiciário para as sociedades democráticas, Cláudio Ladeira de Oliveira (2006, p. 283) apresenta os três argumentos:

Principalmente na esfera política a presença de pontos de vista divergentes confere vitalidade à deliberação, chama a atenção para problemas de interesse comum, ou mesmo alteram a conjuntura mesma dos “interesses comuns”.(...) segundo lugar, afirmar que os tribunais, sempre que possível, não devem fornecer uma decisão última em casos difíceis onde existe forte divergência política e moral, acarreta justamente a manutenção das divergências políticas e a possibilidade de que sejam decididas nos fóruns adequados. (...) Em terceiro lugar, a modéstia recomendada não implica cegueira face ao arbítrio, pois quando é o processo de deliberação política que está em jogo, quando a não intervenção judicial pode resultar na destruição do processo político democrático.

Como se percebe, a proposta é não ter o Poder Judiciário como um elemento de supressão do debate público, ou seus membros como oráculos da verdade e responsáveis exclusivos pela fundamentação da República. Nem mesmo ter o conflito político como uma característica negativa do regime democrático. Com isso, os autores citados buscam equacionar um meio termo entre a garantia, marcadamente procedimental, do regime democrático e a possibilidade de participação e discussão por parte de um número cada vez maior de partícipes.

A questão que, no entanto, persiste, é a delimitação do que se compreende por mínimo de atuação necessária. Isso, porque em larga medida, as decisões judiciais com vieses expansionistas, em regra, contêm argumentos de justificação do seu conteúdo mais amplo. a saber, dificilmente, ou nunca, um magistrado expressa uma decisão de viés expansionista, ou ativista, e justifica isso como um ato de manifestação do seu poder pessoal. Em larga medida, decisões expansionistas são tomadas a partir de justificativas apresentadas como suficientes para tais conteúdos.

Em função disso que no presente trabalho, conforme será exposto, defende-se que os métodos de pesquisa para análise do Poder Judiciário devem conter uma perspectiva de desempenho, e de suas características, pois argumentos normativos muitas vezes são considerados mesmo em decisões ativistas e expansionistas, e isso não é um empecilho para a sua manifestação.

No desenvolvimento desse debate na Teoria Constitucional contemporânea, envolvendo as relações entre democracia, constitucionalismo e separação dos poderes, destaca-se uma obra que possui um papel relevante no esforço de equacionamento da dificuldade contramajoritária em um modelo democrático, trata-se do trabalho de Frank I.

Michelman, *Brennan and Democracy* (1999), que a partir da análise da trajetória do Justice William Brennan desenvolveu inegável contribuição.

Se John Hardt Ely (2016) e Cass Sunstein (2007) são apresentados como reconciliadores por Nimer Sulthany (2012), isto é, como autores que reconhecem a dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário tomar decisões com membros não eleitos que invalidem decisões de membros eleitos pelo Poder Legislativo, Frank Michelman (1999) é apresentado como um autor com uma certa duplicidade de posicionamento<sup>43</sup>, pois tanto considera possível a conciliação entre esses elementos, o que o classificaria como um conciliador, como também aponta a sua irreconciliabilidade da relação entre democracia e constitucionalismo, mas aprova a sua manutenção, ainda que tensionada.

Nesse ponto, uma questão central a partir da qual o mesmo vai desenvolver suas reflexões sobre as funções do Poder Judiciário em um modelo democrático de separação dos poderes diz respeito ao denominado paradoxo da democracia:

Como você poderia fazer com que a democracia decidisse a questão sobre o que a democracia significa ou exige em primeiro lugar? Para julgar que se tratava de fato de um procedimento democrático ao qual você estava submetendo a questão dos requisitos da democracia, você teria que saber a resposta à questão que estava submetendo antes de submetê-la. É absolutamente impossível nomear a democracia para decidir o que é democracia. (MICHELMAN, 1999, p. 34).<sup>44</sup>

Ao considerar que o contexto de debate mais amplo do presente trabalho envolve as relações entre as instituições em análise, Poder Judiciário e Poder Legislativo, a partir de uma discussão sobre questões de fundo das teorias democráticas, faz-se pertinente uma diferenciação apresentada por Frank I. Michelman (1999) entre democracia como direito (por exemplo, o modelo dworkiano) e democracia como procedimento (por exemplo, o modelo de John Hardt Ely).

Tal diferenciação possui desdobramentos nas expectativas teóricas geradas sobre como cada um dos poderes vai se relacionar no sistema da separação dos poderes, assim, conforme temos indicado, modelos de democracia com vieses substancialistas apresentam o Poder Judiciário como poder protagonista, ou proeminente, em relação aos demais poderes, no que diz respeito as questões de fundo do regime democrático, ao passo que modelos

<sup>43</sup> Pensamos que as posições apresentadas por Frank Michelman revelam sinceridade intelectual em uma reflexão que lida com os impasses do seu tempo, pois na sua análise da carreira e principais decisões proferidas pelo Chief William Brennan muitas vezes essa pluralidade de posicionamentos também se fizera presentes.

<sup>44</sup> How could you possibly – how could you conceivably – contrive to have democracy decide the question of what democracy means or requires in the first place? In order to judge that it was indeed a democratic procedure to which you were submitting the question of democracy's requirements, you would have to know the answer to the question you were submitting before you submitted it. It absolutely is not possible to appoint democracy to decide what democracy is. (MICHELMAN, 1999, p. 34).

procedimentalistas defendem um desenho e atuação do Poder Judiciário mais deferente em relação aos demais poderes da República.

A partir da análise dos julgamentos do Justice William Brennan, o autor apresenta as dificuldades de composição de uma relação adequada entre os muitos valores componentes de um regime democrático, e qual a participação do Poder Judiciário nesse contexto (MICHELMAN, 1999).

Como um liberal, Brennan reconhecia o indivíduo como uma referência do processo de tomada de decisão, mas não ignorava a relevância do reconhecimento das questões inerentes às democracias contemporâneas, tais como os valores comunitários, a pluralidade de concepções de vida, as dúvidas razoáveis sobre questões morais, esse é um grande esforço de formulação sobre qual o papel do Poder Judiciário em um quadro de tamanha complexidade (MICHELMAN, 1999).

O primeiro aspecto, que também está presente na perspectiva de Alexander Bickel, é de que modo os membros do Poder Judiciário vão discernir suas preferências pessoais e interesses do funcionamento adequado desse poder no sistema político.

Tal posição rendeu inúmeros votos dissidentes ao Justice William Brennan que percebia nas questões que chegavam a Suprema Corte a dificuldade de relacionar a liberdade individual com as conquistas sociais típicas do século XX (MICHELMAN, 1999).

A dificuldade está na definição de quais os valores e princípios devem ser reconhecidos como fundantes do regime político democrático, se eles são necessários, e qual o poder da República será responsável pela sua enunciação.

Se os substancialistas se apresentam convictos das suas respostas, é necessário indicar que o procedimentalismo ainda encontrará uma subdivisão entre o reconhecimento de alguns valores mínimos a serem definidos<sup>45</sup>, e a ausência de qualquer valor nos regimes democráticos, que se restringiria apenas aos procedimentos.

Como se perceberá na dificuldade de definição entre os parâmetros da razão, da tradição e da moral, para fundar a democracia, os votos do Justice Brennan e sua proposta de teoria política pode ser classificada também como deferente em relação aos demais poderes, a regra, nesse caso, é supor que os demais poderes observarão no exercício das suas competências os ditames constitucionais (MICHELMAN, 1999).

Interessante observar que, nessa perspectiva, a proposta de análise interrelacional de Jeb Barnes supramencionada converge com os postulados apresentados pelo autor acima, qual

---

<sup>45</sup> O presente trabalho aproxima-se de uma perspectiva procedimental da democracia que reconhece a pertinência do compartilhamento de um conjunto mínimo de valores pela comunidade.

seja, no debate sobre o cumprimento dos ditames constitucionais não se deve focar exclusivamente no Poder Judiciário, muito menos, depositar sobre ele todas as expectativas de garantia do regime, muito mais importa é analisar o quanto as demais instituições e os principais atores envolvidos incorporam em seu exercício os postulados constitucionais.

Além disso, no seu trabalho, retoma-se a perspectiva de Alexander Bickel (1986) sobre a necessidade de prudência por parte das Cortes no exercício do *judicial review* de modo a não abusar da dificuldade contramajoritária nas democracias contemporâneas.

No presente capítulo foram apresentados importantes teóricos que contribuíram para o debate sobre as funções do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas. Assim, foram apresentados autores que negam uma relação tensionada entre constitucionalismo e democracia (Ronald Dworkin), autores que reconhecem esse tensionamento, mas acreditam na possibilidade de sua conciliação (Alexander Bickel, John Hart Ely e Cass Sunstein) e autores que identificam a tensão mencionada, mas apontam uma irreconciliabilidade entre as mesmas (Frank Michelman).<sup>46</sup>

Em que pese as muitas diferenças de equacionamento das principais questões que são correlatas ao presente trabalho, eles possuem em comum dois pontos que também são importantes: o primeiro referente a defesa de posições de autorrestrição do Poder Judiciário, por considerarem que tal defesa é mais compatível ao modelo democrático contemporâneo, e o segundo referente ao reconhecimento que mesmo perspectivas procedimentalistas, que foram compartilhadas aqui, contém de forma explícita ou não fundamentos normativos.

No próximo tópico serão estudados conceitos que são opostos a auto deferência do Poder Judiciário, e de que modo a agenda de pesquisa no Brasil posterior a 1988 tem desenvolvido esses temas.

## 2.2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Nesse tópico serão apresentados conceitos que permeiam discussões e análises sobre o Poder Judiciário, mas que se encontram em direções distintas àquelas perspectivas dispostas anteriormente, a saber, se no tópico anterior o debate teórico se encontrava centrado na

---

<sup>46</sup> Em se tratando de uma classificação de viés pedagógico, acontece de um mesmo autor constar em mais de uma coluna, por exemplo Frank Michelman e Mark Tushnet, particularmente sobre esse último, não houve uma explanação mais específica da sua obra, em que pese seu inegável valor, porque não consideramos que a mesma esteja diretamente relacionada com o objeto da pesquisa. Outra observação se faz necessária sobre a classificação usada no que diz respeito a indicação de Jurgen Habermas como autor que nega a tensão entre constituição e democracia, uma análise mais cuidadosa da sua obra, no entanto, dificilmente chegaria a mesma conclusão. A concessão se faz, ainda assim, pela tentativa de Nimer Sulthany de elaborar um olhar amplo sobre como estas muitas teorias contemporâneas do Direito relacionam constituição e democracia.

deferência do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, no presente tópico serão analisados conceitos que expõem tendências expansivas do Poder Judiciário, como também indicam um aumento de sua importância no sistema político contemporâneo.

As questões de fundo do presente trabalho persistem, considerando o debate normativo sobre as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, como é possível descrever e analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de jurisdição constitucional sobre processo legislativo federal no período entre 2011 a 2019? E como perguntas secundárias, foram apresentadas as seguintes: Quais os principais argumentos dispostos pela doutrina do Direito Constitucional contemporâneo referente às relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo? A dificuldade de definição da supremacia nas relações entre os poderes está relacionada ao desenho constitucional contemporâneo? E, por fim, a partir da pesquisa empírica desenvolvida, em pesquisa quantitativa, como é possível analisar o resultado das decisões do Supremo Tribunal Federal em relação ao Congresso Nacional no período delimitado? Ao considerar as variáveis selecionadas, quais são as variáveis independentes de maior impacto no processo decisório do Supremo Tribunal Federal sobre processo legislativo? E o que isso revela sobre as relações entre estes dois poderes no Brasil contemporâneo?

Para tanto, se pretende apresentar e operacionalizar os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política, que tem marcado época no debate sobre o Poder Judiciário brasileiro nas últimas décadas, ainda que a discussão sobre a precisão desses conceitos não tenha sido superada.

Em análise da produção científica brasileira sobre o Poder Judiciário nas últimas décadas, argumenta-se que o demasiado otimismo sobre a Constituição Federal de 1988 e sobre as funções exercidas pelo Supremo Tribunal Federal no período posterior a transição democrática foi um elemento que dificultou o aprofundamento de pesquisas institucionais para a descrição, análise e compreensão das funções exercidas por esse poder no sistema político brasileiro, sobretudo, nas ciências jurídicas.

A expressão ativismo judicial ficou conhecida a partir de um trabalho de 1947 do historiador Arthur M. Schlesinger, que analisando a Suprema Corte dos Estados Unidos propôs uma classificação entre os seus membros no seguinte sentido: (i) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres; (ii) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade; (iii) juízes campeões da autorrestrição; (iv) juízes representantes do equilíbrio de forças (*balance of powers*) (CAMPOS, 2014).

O conceito foi muito difundido nos estudos sobre o Poder Judiciário, sendo inclusive utilizada como referência de análises anteriores a esse período histórico, o que certamente aumentava o risco de uma análise anacrônica, tanto no sentido histórico quanto institucional.

Na década de 50, a difusão do conceito encontra-se umbilicalmente relacionada ao depósito de confiança no Poder Judiciário reforçado no período posterior as duas guerras mundiais. Isso porque, em consideração do funcionamento da separação dos poderes na primeira metade do século XX, e todo o processo de deterioração democrática ocorrida, verificou-se que o Poder Legislativo tinha sido suscetível a propostas com vieses concentracionistas em torno do Poder Executivo, para o qual não faltaram, e não faltam, pessoas predispostas ao exercício arbitrário do poder.

Frente a desconfiança com esses dois poderes, ganharam força propostas institucionais de fortalecimento do Poder Judiciário como poder da República em condições de estabelecer limites a esses riscos da democracia contemporânea.

Nos EUA, no contexto de surgimento do conceito de ativismo judicial, em primeiro momento, o mesmo foi muito utilizado para análises sobre a Corte de Warren, que no final da década de 50 e início da década de 60 tomou importantes decisões a respeito das lutas pelos direitos civis. Se essas decisões históricas eram protagonistas do processo político, ou acompanhavam tendências da sociedade ou dos outros poderes da República é questão que não será debatida nesse tópico, mas o aumento da importância do Poder Judiciário nesse contexto é fato consensual na produção bibliográfica a respeito. Outra questão que também merece ser mencionada são as respostas do Congresso Nacional norte-americano para a Corte de Warren, e muito bem estudados por C. Herman Pritchett, em obra do início da década de 60 (PRITCHETT, 1961).

Na Europa, as experiências totalitárias resultaram em um resgate do modelo de Tribunal Constitucional que havia sido defendido por Hans Kelsen na década de 20, de modo que é possível assinalar que a organização institucional da separação dos poderes vai passar por essa mudança de peso, ou supremacia, do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, no período pós-guerra, entre países relevantes do ocidente (SWEET, 2002).

Com pujança do Poder Judiciário no período posterior a Segunda Guerra Mundial, o conceito de ativismo judicial foi operacionalizado para identificar quando o Poder Judiciário ultrapassava seu espaço institucional adequado, sob quais argumentos e critérios. Inicialmente, apresenta-se o seguinte conceito de ativismo judicial de Cláudio Ladeira de Oliveira:

Já no modelo do ativismo judicial os juízes são atuantes no sentido não apenas de “fazer cumprir a lei” em seu significado exclusivamente formal. Significa mais: eles assumem uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade de expressão” etc. São mais audaciosos por que reivindicam para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios. (OLIVEIRA, 2007, p. 4-5).

Mesmo sendo um conceito presente no debate jurídico nacional há alguns anos, a divergência sobre interpretações do fenômeno persiste, seja no Brasil como em outros países do mundo.

Se inicialmente o conceito de ativismo judicial encontrava-se relacionado a posições justificadas pela efetivação dos direitos fundamentais e garantia da Constituição Federal, vide a Corte de Warren, posteriormente, verificou-se que interpretações expansivas do Poder Judiciário que se utilizam de conceitos abstratos e abertos para decisões de conteúdo decisório sobre pontos que o Poder Legislativo não o fez não era restrita a posições de magistrados progressistas, visto que decisões expansivas também podem ser tomadas por magistrados com tendências conservadoras e até mesmo contrárias aos direitos fundamentais.

No período posterior a Constituição Federal de 1988 no Brasil é possível indicar um otimismo por parte da doutrina em relação ao Poder Judiciário, de modo que a suposição era de que o desenho de instituições fortalecidas e independentes resultaria em atos sempre convergentes com interpretações pela efetividade dos direitos fundamentais. Em 2020, haja vista inúmeras decisões problemáticas tanto do Supremo Tribunal Federal como também de instâncias jurisdicionais inferiores, o número de apoiadores do ativismo social tem diminuído substantivamente.

Por exemplo, o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (2017) mantém uma interpretação positiva do ativismo judicial até os dias atuais, por outro lado, na doutrina de modo geral são perceptíveis os argumentos que apresentam os problemas decorrentes do ativismo judicial (OLIVEIRA; MOURA, 2018).

A produção científica em torno do conceito de ativismo judicial tem se desenvolvido no esforço hermenêutico da identificação do fenômeno, como também seus efeitos políticos. Nesse aspecto, grande parte da dificuldade de formação de um consenso a respeito do conceito de ativismo judicial resulta da sua característica multidimensional, assim, a razão parece estar com Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014) que apresenta a impossibilidade de sua análise a partir de um único recorte.



Em que pese a posição do autor citado, que desenvolveu trabalho de fôlego sobre o tema, o acompanhamento da agenda de pesquisa indica uma saturação do potencial explicativo desse conceito, justamente, por decorrência das suas múltiplas perspectivas, do que resultam justificáveis as críticas que apontam a inadequação do conceito para estudos mais rigorosos.

Além da amplitude de fenômenos que são incluídos no conceito de ativismo judicial, uma das críticas da Ciência Política decorre da idealização da separação dos poderes como uma concepção suficiente para a delimitação clara sobre o âmbito de atuação apropriado para o Poder Judiciário.

Nesta análise, o ativismo judicial é concebido como uma disfunção institucional, na qual teorias contemporâneas são instrumentalizadas para análises da racionalidade da decisão judicial. A expectativa é que tal procedimento possibilitaria uma contenção prudente por parte do Poder Judiciário em relação ao seu papel republicano:

A superação do problema normativo ocorreria com um novo equilíbrio, no qual o Judiciário seria reconciliado com a ordem constitucional e a democracia. O ideal normativo implica desenvolvimentos teóricos a respeito dos fundamentos, estrutura institucional, procedimentos e objetivos da Constituição, assim como teorias da interpretação constitucional. O equilíbrio seria reencontrado por novas teorias autodenominadas neoconstitucionalistas ou pós-positivistas, que valorizam a força normativa da Constituição, as mudanças na organização do Estado, definem a função jurisdicional apropriada para um Estado democrático de direito e a efetivação dos compromissos constitucionais pelos tribunais. (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 73).

Tais elementos podem ser considerados justificadores dos motivos pelos quais os campos de pesquisa sobre o Poder Judiciário têm desenvolvido outras chaves conceituais de análise, como processo decisório, relações entre os poderes, comportamentalismo, entre outros.

Outro conceito pode ser indicado no mesmo sentido de uma atuação mais marcante do Poder Judiciário na organização do Estado contemporâneo é o conceito de judicialização da política.

No Brasil<sup>47</sup> uma das primeiras referências ao conceito é de Marcus Faro de Castro na década de 90, em um encontro da ANPOCS, nesse trabalho ele apresenta elementos conceituais sobre o fenômeno, como também resultados de uma pesquisa empírica a respeito do processo decisório do Supremo Tribunal Federal.

No aspecto conceitual, assim como a doutrina internacional, o autor relaciona a judicialização da política como um fenômeno do pós-guerra mundial, constitucionalização

---

<sup>47</sup> Na literatura internacional a obra de referência na difusão do termo é (TATE; VALLINDER, 1995).

dos direitos, maior apropriação da linguagem jurídica por parte dos atores políticos e o reconhecimento das ações judiciais como espaços institucionais de continuidade do conflito político.<sup>48</sup>

Ran Hirschl (2013, p. 141) apresenta os seguintes níveis componentes do conceito de judicialização da política:

Começo distinguindo três categorias abrangentes de judicialização: a disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas; a judicialização da elaboração de políticas públicas pelas formas “comuns” de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração pública; e a judicialização da “política pura” — a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras.

O conceito de judicialização da política tem bastante importância para a pesquisa em desenvolvimento, visto que se está analisando as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, também é relevante apontar as diferenças como esses poderes processam os conflitos político. Nesse sentido, se o pluripartidarismo do Poder Legislativo remonta ao majoritarismo como processo decisório, nas pertinentes referências de Shapiro (1986) e Stone Sweet (2002) que serão aprofundadas no próximo capítulo, o Poder Judiciário resolve os conflitos políticos traduzidos em linguagem jurídica a partir de um modelo triádico, qual seja, de uma decisão cujo responsável pela sua enunciação não é identificado como partícipe parcial do processo decisório.

Outra obra de referência incontornável sobre o tema no Brasil é a publicação da obra *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, de Vianna *et al.* (2014), que inscreve o fenômeno no contexto do desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social, ampliação do aparato estatal na regulação da vida e maior interesse por parte de partidos políticos e movimentos sociais na submissão de seus conflitos e tensões ao Poder Judiciário.

Duas mudanças institucionais são apontadas como promotoras desse tipo de fenômeno, a consolidação do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, que é regulado a partir da EC (1965), mas também a ampliação dos legitimados para ingresso de ADIs a partir da Constituição Federal de 1988, sendo este um fator de grande impacto no

---

<sup>48</sup> Em que pese os pontos em comum dos contextos de origem, o conceito de ativismo judicial não se confunde com o conceito de judicialização da política, se o primeiro remete ao resultado do processo decisório dos membros do Poder Judiciário, o segundo encontra-se mais focado no comportamento dos atores do sistema político e de justiça que acionam com mais frequência o Poder Judiciário. Capitalizando o mesmo e, inclusive, ensejando mais oportunidade de decisões ativistas.

aumento da importância do instituto, como também a criação de juizados de pequenas causas e institutos promotores de maior acesso à justiça.

Em texto de revisitação ao conceito de judicialização da política, na esteira da argumentação de Stone Sweet (2002), os autores reenfazem a importância de sua diferenciação em relação ao conceito de ativismo judicial, segundo os quais a maior participação do Poder Judiciário no sistema político contemporâneo é resultante do desenho institucional, e não da vontade ou ambições dos membros do Poder Judiciário (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007).

Assim, é possível aferir que a obra seminal possui vários pontos a serem observados, o primeiro de ordem institucional, ao considerar que a maior expansão do Poder Judiciário resulta no desenho aprovado pelo Poder Legislativo, o segundo diz respeito a ênfase da utilização do controle concentrado em maior grau, mas também o controle difuso, como esfera reconhecida para o exercício da política, o terceiro ao indicar que a atuação do Poder Judiciário no sistema político se transforma a partir de 1988, e continua em transformação, tais espaços institucionais deixam de ser concebidos como esferas de decisões técnicas e burocráticas e passam à condição de espaços de embates políticos e esferas de modernização e racionalização do Estado brasileiro e também da sociedade.<sup>49</sup>

O trabalho de Rogério Arantes também é considerado marcante na difusão e debate sobre o conceito de judicialização da política no Brasil, denominado *Judiciário & Política no Brasil* (1997), no qual o autor desenvolve uma relação entre o duplo sistema de controle de constitucionalidade no país e o fortalecimento do Poder Judiciário e do Ministério Público no momento posterior a Constituição Federal de 1988.

Um aspecto muito positivo desse trabalho foi a correlação entre o desenho institucional do controle de constitucionalidade, apresentado como uma resultante das opções do Poder Legislativo durante o processo histórico brasileiro e as formas de atuação e expectativas incidentes sobre o Poder Judiciário. No período da sua redação, o autor apresenta uma leitura de viés consensualista do Supremo Tribunal Federal, com inegável viés liberal, no qual o mesmo teria uma atuação de solução dos principais conflitos políticos estabelecidos (ARANTES, 1997).

Andrei Koerner e Débora Maciel (2002), em resenha das duas obras citadas, consideram que a ausência de produção de pesquisa empírica dificultava algumas conclusões assertivas sobre o fenômeno. Ao analisar esse debate a partir de 2021, é possível aferir que

---

<sup>49</sup> No próximo tópico faremos uma exposição das opções metodológicas das principais obras de análise do Poder Judiciário no Brasil posteriores a 1988.

algumas hipóteses levantadas realmente foram suscetíveis de novos enquadramentos por trabalhos posteriores, inclusive por parte dos próprios autores. Por exemplo, em retorno ao conceito de judicialização da política, 17 (dezesete) anos após o lançamento da obra, Vianna, Burgos e Salles (2007) apresentam dados que indicam a flagrante disparidade da judicialização das políticas estaduais em relação as políticas federais, aquelas muito mais do que essas, e questionam se a tese da judicialização poderia ser concebida de forma monolítica e uniforme considerando essas disparidades.

Outro elemento a ser objeto de reflexão, é que esses trabalhos empíricos da década de 90 e início dos anos 2000 muito comumente indicam um baixa atuação do Poder Judiciário em relação as questões políticas a eles submetidas (ARANTES, 1997; VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007). Tal posicionamento levanta o questionamento relevante sobre o senso comum criado em torno das palavras ativismo judicial e judicialização da política, como se fossem suficientes para descrever de forma monolítica o fenômeno. Isto, porque pesquisas empíricas já indicadas comprovam diferenças substantivas em relação a variáveis como nível federativo do objeto do controle de constitucionalidade, ator responsável pela elaboração do documento impugnado e questões dessa ordem.

Além da dificuldade de tratamento uniforme do fenômeno, em relação aos primeiros trabalhos da década de 90 que se dedicaram ao desenvolvimento desse campo de análise, sobretudo na área do Direito, é preciso ressaltar um exagerado otimismo em relação ao funcionamento das instituições.

No que diz respeito aos juristas, tal otimismo pode ser indicado na tradição bacharelesca da cultura jurídica nacional, que supõe a promulgação de uma Constituição com viés democrático como suficiente para o estabelecimento de um regime democrático qualificado. Passados mais de 30 anos da publicação do documento de 1988, a sociedade brasileira precisa lidar de forma mais sóbria em relação às análises otimistas, marcadamente para registrar o aprendizado de que a reforma institucional é um elemento de aperfeiçoamento democrático, mas não pode ser o único.

Por parte da produção científica em Ciência Política, em algumas situações é possível indicar um exagero normativista mesmo em trabalhos que se propõem a fazer análises sobre o funcionamento das instituições em recortes historicamente dados. Assim, o Ministério Público e o Poder Judiciário tentem a ser apresentados nessa bibliografia como instituições que exercerão suas competências de forma absolutamente técnica e sem divisões interiores em relação aos seus membros quanto ao papel a ser exercido por essas instituições no Estado brasileiro.

Vale destacar, que não apenas a produção científica lidou com esse exagero de otimismo, mas mesmo na Assembleia Nacional Constituinte houve uma opção deliberada no fortalecimento dessas instituições, o Poder Judiciário e o Ministério Público, como estratégia de solução dos impasses do regime democrático em uma sociedade periférica (CITTADINO, 2020).

No mesmo sentido foi a produção jurídica a respeito da Constituição de 1988, com a ampla difusão de textos sobre a constitucionalização do direito, de modo que se criou um senso comum em uma composição sobreposta. A primeira em relação ao próprio documento de 1988, e a segunda em relação ao papel do Supremo Tribunal Federal na guardiania da Constituição.

Obviamente, a análise da produção científica precisa levar em consideração o contexto do seu desenvolvimento, importa destacar que tal sentimento de empolgação com a abertura democrática e com o fortalecimento das instituições teve na Assembleia Nacional Constituinte um dos seus epicentros.

Em que pese não se trate de um trabalho que usa a metodologia da história de forma predominante, é relevante deixar claro que um enfoque nos debates ocorridos na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 explicitou questões profundas de um regime democrático para a organização do Estado. Em larga medida, as propostas vencedoras tinham como viés uma grande expectativa na atuação eminentemente republicana de instituições compostas por membros não eleitos e não submetidos ao *accountability* eleitoral.

Tal observação não desconsidera a possibilidade dessas instituições, tais quais o Poder Judiciário, enfocado nesse trabalho, como também o Ministério Público, Defensoria Pública e outras, atuarem com base na defesa de valores e interesses republicanas. Tal hipótese deveras existe, o que se quer evitar é que essa hipótese seja identificada como exclusiva forma de análise dessas instituições.

Interessante observar uma tendência de indistinção entre a defesa da superioridade da Constituição Federal de 1988, e a defesa de predominância e expansividade dos tribunais judiciais, como se essa correlação fosse automática e não suscetível de maior reflexão (MENDES, 2008).

Outra questão que é cadente nesse debate é a caracterização do Supremo Tribunal Federal como um Tribunal político. Em larga medida, a doutrina apresentou concordância com essa prerrogativa, no alcance em que o Tribunal exerceria competência para a deliberação de questões caras a *polis*. No texto a seguir é possível observar essa configuração, como também da função do órgão como árbitro e definidor das regras do jogo a partir da

hermenêutica do instituto do devido processo legal (CITTADINO, 2020; NERT JUNIOR, 2017).

Conforme será indicado no próximo item, as doutrinas nacional e internacional representam as Cortes Supremas em duas perspectivas majoritárias, na condição de árbitro dos conflitos políticos, algo próximo para os defensores de tal perspectiva de um resquício do Poder Moderador. Mas também existem aqueles que identificam as cortes como uma terceira câmara de definição sobre questões conflituosas do processo legislativo. Aqui as demandas ensejariam a compreensão da fase judicial como mais uma possibilidade de virada do jogo político.

No início dos anos 2000, os trabalhos de Ernani Carvalho (2009) já registravam os limites epistêmicos que podem resultar de um otimismo exagerado com o funcionamento das instituições delineadas em 1988. Ao reconhecer que os mesmos são suscetíveis de divisões internas, como também que os princípios e valores republicanos podem não ser os únicos e exclusivos elementos de motivação dos seus membros.

Com isso é possível identificar uma complexificação na análise das instituições do sistema de justiça delineadas em 1988, não necessariamente na produção jurídica do período, visto que essa muitas vezes é refém de um bacharelismo pouco receptivo a pesquisas empíricas, ou análises críticas das instituições judiciais.

Em 2008, os trabalhos de Luciano Da Ros e Matthew Taylor propuseram significativos aportes analíticos para a compreensão do fenômeno da judicialização da política, o primeiro elemento a se destacar é a grande convergência do seu problema com a perspectiva desenvolvida na presente pesquisa, qual seja: “sob regras institucionais semelhantes, que fatores contribuem para a variação no uso dos tribunais pelos atores políticos, especialmente por membros da oposição?” (ROS; TAYLOR, 2008, p. 828).

A convergência entre o problema não é sinônimo de absoluta identidade, sobretudo, porque os autores supracitados têm como enfoque os atores que demandam sobre o sistema de controle de constitucionalidade, ao passo que nesse trabalho a nossa análise incide sobre as decisões do STF em relação a essas demandas, particularmente, processos legislativos que envolvam os direitos sociais.

Além desse aspecto, serão destacados elementos do trabalho supramencionado considerados contributivos para a pesquisa no campo das relações entre o Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal e o sistema político majoritário, destacadamente, o Poder Legislativo. Diferentemente da análise desta pesquisa, o trabalho de Ros e Taylor (2008)

enfoca a influência das variáveis decorrentes da correlação entre Poder Judiciário e Poder Executivo.

Na análise do fenômeno da judicialização da política, os autores se afastam da interpretação que restringe o seu uso ao exercício dos partidos de oposição ao Poder Executivo, que se utilizam do controle de constitucionalidade (ROS; TAYLOR, 2008).

Conforme fica comprovado, a judicialização da política possui elementos e possibilidades de ganhos que extrapolam em muito a restrição de tais institutos jurídicos como forma de oposição política. Da mesma forma, tal iniciativa não pode ser considerada bem sucedida, exclusivamente na hipótese de provimento do pedido encaminhado ao Supremo Tribunal Federal. Nessa perspectiva, compartilha-se elementos que apresentam um aumento de complexidade analítica do fenômeno, segundo Ros e Taylor (2008), a judicialização da política apresenta-se como benéfica pelos seguintes argumentos:

- Trata-se de uma estratégia de baixo custo para os autores;
- Os benefícios da judicialização não se resumem ao sucesso da ação judicial, pois o seu trâmite e desenvolvimento gera fatos políticos que são potencializados pelos parlamentares;
- Na hipótese de sucesso da demanda judicial, o resultado pode ser explorado politicamente.

Um elemento que não se encontra explicitado no texto e que parece relevante, diz respeito às diferenças da legitimidade ativa entre o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade. Nesse ponto, o questionamento incide sobre a espécie do sistema de controle acessado e se isso tem impacto no exercício da judicialização da política, algo que pode ser mais desenvolvido pelos cientistas políticos.

Isso porque o uso dessa estratégia pode ocorrer tanto por partidos políticos com representação no Congresso Nacional na hipótese do controle concentrado, como também de forma individualizada no decorrer do processo legislativo, por meio da impetração de mandados de segurança para o qual cada congressista detém legitimidade individual para impetração na hipótese do controle difuso de constitucionalidade.<sup>50</sup> Importa destacar que a judicialização pelo controle difuso pode ser caracterizada como descentralizada, menos

---

<sup>50</sup> Tais elementos serão indicados como pertinentes a maior aprofundamento da análise científica, ou enunciados como variáveis relevantes a serem consideradas nos textos de Escossia (2019) e Ribeiro e Arguelhes (2019).

orgânica e até mesmo pluridirecional nas questões referentes a relação entre o governo e oposição.<sup>51</sup>

Na presente pesquisa, tal questionamento, que diferencia a análise do fenômeno a depender da espécie do controle de constitucionalidade que é acionado servirá de base para a análise da performance do Supremo Tribunal Federal em cada um desses sistemas, a partir da seguinte composição: É possível identificar alterações substantivas no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal considerando a reincidência das mesmas variáveis em sede de controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade?<sup>52</sup>

Na revisão bibliográfica que ora empreendemos, apontamos os momentos mais relevantes do desenvolvimento das pesquisas sobre judicialização da política, os trabalhos de Taylor e Ros (2008) também se destacam pela maior acuidade nas análises sobre as possibilidades de uso da judicialização da política por parte dos movimentos sociais e partidos políticos, destacadamente:

- Judicialização como tática de oposição;
- Judicialização como arbitragem de interesses em conflito;
- Judicialização como instrumento de governo.

Conforme os dados obtidos durante a pesquisa empírica a respeito do uso do mandado de segurança para fins de obstrução do processo legislativo, a chance de sucesso na ação judicial é tão diminuta que faz supor não apenas o acerto da sugestão indicada pelos autores, no referente que o objetivo de sucesso da ação judicial não seja o único elemento de motivação para tal empreitada, como também que já não é nem mesmo fundamentadamente esperado que assim o seja. A saber, os dados que serão expostos sugerem que os atores políticos já supõem de antemão o não sucesso judicial de suas tentativas, todavia, os benefícios de outra ordem, também assinalados pelos autores supracitados, fazem com que tais iniciativas sejam chamativas e até, politicamente, proveitosas.

Além da identificação de elementos de maior elaboração analítica por parte dos pesquisadores no decorrer do tempo, outro ganho que também é importante apontar refere-se ao reconhecimento que as interações entre atores políticos e instituições não ocorrem em bloco, como também podem variar no decorrer do tempo.

Essa questão trata de um dilema caro à presente pesquisa, qual seja, se o Supremo Tribunal Federal é uma instituição ou a expressão das opiniões pessoais dos seus membros.

---

<sup>51</sup> No presente trabalho, a comparação entre as ingerências das variáveis entre o controle difuso e o controle concentrado na performance do Supremo Tribunal Federal será objeto de análise no próximo capítulo.

<sup>52</sup> Vale lembrar que a existência justaposta do controle difuso e do controle concentrado não é a regra nos Estados contemporâneos.



Conforme será exposto com maior profundidade no próximo capítulo, a pesquisa compartilha do marco teórico do neoinstitucionalismo, que reconhece a subjetividade dos integrantes das instituições como variáveis relevantes nas características do seu funcionamento, mas também admite que esses sujeitos precisam observar, em maior ou menor grau, as regras que incidem sobre a instituição em análise, a saber, a instituição não pode ser resumida apenas à manifestação dos interesses e vontades particulares dos seus componentes.

No mesmo sentido, de um ganho de sofisticação na análise sobre a judicialização da política e o órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil, trabalhos como de Vianna *et al.* (2014) já intuía a impossibilidade de compreensão do funcionamento da engenharia constitucional aprovada sem uma produção criteriosa de pesquisa empírica, como também percebiam a infertilidade de análises que se restringiam a glorificar o republicanismo *a priori et in oratorio* do Poder Judiciário, como se tal opção estratégica fosse suficiente para resolver complexas questões dos regimes democráticos contemporâneos.

A questão, que ainda subsiste por falta de pesquisa empírica sobre as condições em que se elaborou a Carta de 1988, reside em identificar como e por que a *intelligentsia* jurídica teve êxito ao inscrever, no texto constitucional, as principais marcas da sua teoria, muito especialmente o papel a ser desempenhado pela comunidade dos intérpretes no controle abstrato das normas. (VIANNA *et al.*, 2014, p. 41).

Tal discussão talvez justifique o frutífero e inevitável empirismo crescente nas pesquisas em ciências jurídicas no Brasil nas últimas décadas, pois algumas questões sobre o desempenho das funções a serem exercidas pelo Poder Judiciário no sistema político brasileiro após a Constituição de 1988 apenas seriam passíveis de reflexões mais criteriosas com a produção, organização e análise de pesquisas empíricas.

Por fim, outro elemento que a podemos apontar na produção científica nacional a respeito do Poder Judiciário, para além da perspectiva que enfatiza as instituições e os atores políticos, é a necessária sensibilidade do analista para questões relacionadas à conjuntura política. Nesse sentido, enfatizando que a questão não se resume ao desenho institucional, nem apenas aos interesses dos atores do Poder Judiciário, mas também à conjuntura política (RIBEIRO; ARGUELHES, 2019).

O objetivo deste tópico foi apresentar dois conceitos que estão relacionados às formas de atuação do Poder Judiciário mais expansivas em relação ao sistema político majoritário, marcadamente, o ativismo judicial e a judicialização da política, como conceitos instrumentais e majoritariamente em direção oposta a posição de deferência do Poder Judiciário e do minimalismo judicial expostos no tópico anterior.

O argumento desta pesquisa é que o conceito de ativismo judicial desempenhou um papel importante na produção bibliográfica desse campo, mas que a dificuldade de sua definição tem limitado a permanência do vocábulo para análises sobre o Poder Judiciário, acrescenta-se a isso que é preciso superar a tendência de desenvolver pesquisas sobre o Poder Judiciário a partir de *locus* estanques entre os ativistas e não ativistas, pois o fenômeno é bem mais complexo do que tal classificação.

Por outro lado, o conceito de judicialização da política tem demonstrado bastante potencial de análise. Inclusive, conforme é possível perceber, o mesmo vem ganhando aportes analíticos no decorrer dos anos.

### 2.3 MUDANDO A PERSPECTIVA NA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: A JURISPRUDÊNCIA POLÍTICA E O INSTITUCIONALISMO ESTRATÉGICO COMO PERSPECTIVA DE ANÁLISE DO PODER JUDICIÁRIO NAS SUAS RELAÇÕES COM O PODER LEGISLATIVO

O presente tópico vai apresentar uma possibilidade de mudança de perspectiva no estudo das decisões judiciais como referencial de análise das relações do Poder Judiciário com o Poder Legislativo, destacadamente o trabalho de Martin Shapiro. Em artigo publicado em 1963, denominado *Political Jurisprudence*, o autor dispõe perspectivas que alteram de forma substantiva a tradição da jurisprudência dos princípios, e sobre as quais será realizada uma sucinta exposição (SHAPIRO, 1963).

O trabalho pode ser localizado como um desdobramento do realismo jurídico, e um dos seus pressupostos basilares é o reconhecimento de que os juízes fazem mais do que descobrir o conteúdo da lei. Na sua análise, a forma como o ato de interpretação é apresentada desconsidera o contexto político da sua produção, como também as variáveis que podem incidir no processo de tomada de decisão judicial.

O primeiro pressuposto de sua proposta é o reconhecimento da interpretação da lei como uma esfera de exercício da política, o que implica na indicação das possibilidades de escolha do(a)s magistrado(a)s, que ocorrem no momento da interpretação da lei, sobretudo, em questões identificadas como casos difíceis.

O contexto que enseja uma possibilidade de opção no ato interpretativo encontra-se relacionado as características da própria legislação, visto que o legislador não consegue apresentar o grau de previsibilidade necessário para impedir espaços decisórios dos juízes no momento de interpretação da lei.

O segundo pressuposto é a indicação das Cortes e dos tribunais como agências políticas, e dos magistrados como atores políticos. Isto não significa a redução do Poder Judiciário à condição idêntica à um órgão administrativo do Poder Executivo, ou do Poder Legislativo, o Poder Judiciário integra o sistema político, mas com *locus*, linguagem e técnicas próprias. Além disso, Martin Shapiro (1963) defende o reconhecimento de que as Cortes, os Tribunais e os magistrados não existem e atuam de forma absolutamente independente da organização do Estado, dos seus Poderes eletivos, e nem dos membros que lhes são componentes.

Segundo Shapiro (1963), o afastamento do Poder Judiciário do sistema político como objeto de análise implica em desconsiderar um sem número de variáveis que podem se apresentar como incidentes no seu processo de tomada de decisão. Assim, entre as agendas de pesquisas possíveis, Martin Shapiro destaca as linhas referentes ao estudo das biografias dos ministros da Corte Suprema, variáveis como o partido político do titular da Presidência da República responsável pela indicação dos ministros e até mesmo a região de origem do ministro como elemento a ser considerado na compreensão do seu processo de tomada de decisão.

Em relação ao controle de constitucionalidade, Shapiro (1963) afasta-se da concepção que identifica tal processo como uma análise de compatibilidade entre a legislação federal com a Constituição. Na sua concepção, tal posicionamento minora inúmeros aspectos de dimensão política que se encontram presentes no processo de decisão a respeito da constitucionalidade das leis:

Quando toda questão constitucional deve ser considerada não apenas em seus méritos, isto é, em termos da análise jurídica tradicional dos significados de dispositivo constitucional, estatuto, precedente, etc., mas em termos de se o Tribunal é o órgão governamental competente para fornecer as respostas, então todos os assuntos constitucionais da Suprema Corte envolvem considerações políticas. (SHAPIRO, 1963, p. 301, tradução nossa).<sup>53</sup>

O autor destaca que o principal objetivo da jurisprudência política é integrar as cortes e seus membros à estrutura das instituições governamentais e ao processo político. E retoma a recorrente questão de analisar o Direito como um processo social, ou a partir de uma perspectiva deontológica (SHAPIRO, 1963). Como se percebe pelo desenvolvido até o presente momento, a jurisprudência política assume forte influência das concepções que

---

<sup>53</sup> “When Every constitutional question must be considered not only on its merits, that is in terms of traditional legal analysis or the meanings of constitutional provision, statute, precedente, etc., but in terms of whether the Court is the proper governmental agency to provide the answer, then all the constitutional business of the Supreme Court involves political considerations”. (SHAPIRO, 1963, p. 301).

visam registrar o funcionamento das instituições. Por outro lado, o autor não descarta a importância do positivismo, particularmente, do Direito, como referência normativa para análise destas instituições, de modo a evitar o empirismo despido de análises de conteúdo:

Estou bem ciente de que muitos estudiosos veem a redução de valores a dados psicológicos, que então se tornam parte do "é", como o estupro positivista final da filosofia moral. Da mesma forma, a ênfase em elementos intencionais na formulação de leis pode ser vista como uma falsa redução da lei à vontade e ao apetite, ignorando elementos de razão e justiça. Finalmente, uma jurisprudência que afirma que o dever é uma parte essencial do direito, ao mesmo tempo que se dedica inteiramente ao é, pode muito bem ser acusada de falta de sinceridade ou de má orientação. Diante desses argumentos, não é inteiramente satisfatório dizer que a jurisprudência política, ao consagrar o político e, portanto, a valorização ou o caráter intencional do direito, abre caminho para a passagem do estudo empírico ao normativo. Um portal não é suficiente. Alguém deve passar por isso e nos dizer o que está além. (SHAPIRO, 1963, p. 342, tradução nossa).<sup>54</sup>

Em 1983, 20 (vinte) anos após a publicação do artigo *Political Jurisprudence*, Martin Shapiro faz um balanço sobre o desenvolvimento das pesquisas nas áreas por ele sugeridas, no texto *Recent Developments in Political Jurisprudence*.

Na sua análise, a resistência por parte das Faculdades de Direito no reconhecimento desta seara das pesquisas jurídicas foi bastante grande. E a importância da publicação da obra *Uma Teoria da Justiça*, com primeira publicação em 1976, por John Rawls (2000) foi um fator que reaproximou o Direito das questões morais e com isto foi recomposto um esforço no sentido de encontrar respostas corretas para questões complexas, a partir da interlocução entre o Direito e a Filosofia. Tal impacto teria aumentado a resistência às possibilidades de análises políticas da jurisprudência.

A posição de Martin Shapiro (1983) é em sentido diverso desta direção que se apresentou predominante nas últimas décadas a partir da interlocução do Direito Constitucional com a Filosofia Política, mas o autor esclarece que as críticas sofridas pelo realismo na década de 30, por ser demasiadamente despido de valoração e apenas descritivo, foram incorporadas nas suas análises a partir da década de 60, inclusive, na perspectiva da jurisprudência política:

---

<sup>54</sup> "I am well aware that many scholars view the reduction of values to psychological data, which then become part of the 'is', as the final positivistic rape of moral philosophy. Similarly the emphasis on purposive elements in law-making may be viewed as a falsa reduction of law to will and appetite ignoring elements of reason and justice. Finally a jurisprudence which claims that the ought is an essential part of law, while at the same time devoting itself entirely to the is, may well be accused of either insincerity or misdirection. In the face of these arguments, it is not entirely satisfactory to say that political jurisprudence, by emphasizing the political and, therefore, valuation or purposive nature of law, provides a gateway for the passage from empirical to normative study. A gateway is not enough. Someone must go through it and tell us what is beyond". (SHAPIRO, 1963, p. 342).

Os realistas judiciais da década de 1930 mostraram que os materiais e métodos jurídicos não geravam soluções únicas e corretas para os problemas jurídicos. (Dworkin e uma ala da jurisprudência de valores vigorosos nega a posição realista). A jurisprudência política absorveu e retransmitiu essa mensagem nas décadas de 1950 e 1960, afirmando que o questionamento crucial não era o que significava uma cláusula constitucional ou estatutária específica, mas o que você queria que isso significasse? Colocada dessa forma, a questão ainda provocava gritos ocasionais de indignação, embora ninguém estivesse preparado para negar o fato bruto da discricionariedade judicial. Mais recentemente, no entanto, uma série de artigos de eminentes estudiosos do direito, em um estilo eminentemente jurídico, demonstraram, por uma razão eminentemente jurídica, que nenhuma interpretação correta das disposições legais ou constitucionais é possível (BREST, 1980, 1981; LEFF, 1979; TUSHNETT, 1981; ELY, 1978 apud SHAPIRO, 1983, p. 544).<sup>55</sup>

Na análise do autor, a dificuldade de consenso sobre a existência de uma única resposta correta no processo de tomada da decisão judicial é indicativa de que o exercício da opção não se encontra restrito exclusivamente às dimensões da racionalidade jurídica, resultando disto inegável exercício do poder e da política por parte do Poder Judiciário e dos seus membros (SHAPIRO, 1983).

Nesta seara torna-se relevante a referência a obra do mesmo autor intitulada *Courts: A comparative and political analysis*, na qual Martin Shapiro (1986) se propõe ao estudo de protótipos do Poder Judiciário e formas de solução dos conflitos nas origens inglesa e norte-americana, europeia continental (*westerns model/legal model*) e o protótipo chinês. Nesta empreitada, o autor analisa as seguintes variáveis: independência do Poder Judiciário em relação ao sistema político, a polarização entre os interessados na causa, a verificação da preexistência de normas e regras para a solução dos conflitos e as características do resultado do processo (*winner-take-all*).

Ao considerar o objeto do presente trabalho, destaca-se o debate de Shapiro (1986) sobre a independência do Poder Judiciário em relação aos poderes eleitos, Poder Executivo e o Poder Legislativo, particularmente, no protótipo europeu continental, que exerceu larga influência na organização do Estado e dos poderes no Brasil. Inicialmente, o autor identifica o modelo europeu continental como um exemplo de Poder Judiciário centralizado, e com normas e regras previamente existentes para a solução dos conflitos.

---

<sup>55</sup> “The judicial realists of the 1930s showed that legal materials and methods did not generate unique and correct solutions to legal problems. (Dworkin and a wing of vigorous values jurisprudence deny the realist position). Political jurisprudence absorbed and relayed this message in the 1950s and 1960s, asserting that the crucial question was not what a specific constitutional or statutory clause meant, but what did you want it to mean? Put that way, the issue still provoked the occasional outcry of outrage, though no one was prepared to deny the brute fact of judicial discretion. More recently, however, a series of articles by eminent legal scholars, in an eminently legal style, have demonstrated, for an eminently legal reason, that no correct interpretation of legal or constitutional provisions is possible (BREST, 1980, 1981; LEFF, 1979; TUSHNETT, 1981; ELY, 1978)”. (SHAPIRO, 1983, p. 544).

Apesar desta caracterização inicial, Shapiro (1986) relembra a influência do Direito Romano nos fundamentos do Direito Europeu contemporâneo para reforçar que tal matriz foi caracterizada pelo forte conteúdo discricionário e criativo (*lawmaking*) no processo de elaboração das decisões judiciais. Nesta perspectiva, o autor aponta que o processo de codificação do Direito, que aconteceu desde Justianeu, foi a consolidação das normas que haviam sido criadas a partir da experiência e do cotidiano dos pretores romanos na solução dos conflitos, e não uma elaboração dos legisladores em relação a conflitos futuros.

Em relação a configuração dos Estados contemporâneos, Martin Shapiro (1986) apresenta-se como um crítico da completude da legislação para a definição de normas preexistentes visando a solução conflitos.

Um juiz *code law* estaria mais completamente vinculado às regras preexistentes se seu código fosse completo, consistente, específico, produzido por um único legislador autorizado e capaz de emendas rápidas por esse legislador para atender com precisão às circunstâncias em mudança. Nenhum código pode atender totalmente a essas condições. (SHAPIRO, 1986, p. 126, tradução nossa).<sup>56</sup>

Neste ponto, vale mencionar a dificuldade de elaborar um ordenamento jurídico que preencha estes requisitos de completude e coerência, justamente por isso, atualmente é consensual sobre a abertura sistêmica decorrente da presença das normas e cláusulas jurídicas gerais no Direito contemporâneo. Tais incompletudes, e até mesmo incoerências, se apresentam marcantes na produção legislativa dos regimes democráticos, caracterizados por casas legislativas com alto grau de pluralismo e representatividade. Ora, em uma configuração desta natureza, inevitavelmente a produção legislativa dará ensejo a códigos e leis com algum grau de contradição e incompletude, dando azo à criatividade judicial no ato interpretativo.

Se a jurisprudência dos princípios deposita suas expectativas na capacidade interpretativa dos magistrados, a jurisprudência política, por sua vez, concebe em tal composição possibilidades de ações interessadamente motivadas, e que podem fazer uso da linguagem jurídica para não explicitar seu agir estratégico.

Por fim, também merece aprofundamento as análises do autor sobre a independência do Poder Judiciário (SHAPIRO, 1986). Trata-se de questão crucial na temática do presente tópico, visto que a independência do Poder Judiciário é pedra fundante da possibilidade de interpretação da lei e do ordenamento jurídico a partir de parâmetros exclusivos de racionalidade jurídica.

---

<sup>56</sup> “A code law judge would be most completely bound by preexisting rules if his code were complete, consistent, specific, produced by a single authoritative legislator, and capable of rapid amendment by that legislator to meet changing circumstances accurately. No code can fully meet these conditions”. (SHAPIRO, 1986, p. 126).

O autor compõe em campos distintos argumentos desfavoráveis a independência do Poder Judiciário, como a forma de seleção dos seus membros, e o necessário alinhamento dos juízes das instâncias inferiores para alcançar as instâncias superiores, e argumentos favoráveis a independência do Poder Judiciário, como a vitaliciedade e as garantias que geram a expectativa de uma atuação dos membros do Poder Judiciário de forma autônoma em relação ao sistema político:

Em suma, por trás da fachada de independência judicial pode haver uma assimilação e subordinação dos juízes ao serviço público superior. A realidade varia muito de país para país, muitas vezes com base em experiências históricas particulares. A Itália pós-Segunda Guerra Mundial sentiu que os juízes haviam cedido demais ao regime fascista. Como resultado, embora organizado da maneira burocrática padrão, o judiciário italiano é um serviço de carreira quase totalmente autônomo e autocontrolado. (SHAPIRO, 1986, p. 151, tradução nossa).<sup>57</sup>

Ao final do capítulo do seu livro, Martin Shapiro (1986) reconhece que entre os protótipos de Poder Judiciário analisados, o *western model* é aquele que mais elaborou instituições no sentido de alcançar maior independência para o Poder Judiciário em relação ao sistema político. Em conclusão, segundo o autor e em função das características citadas, o *western model* apresenta uma situação de relativa independência do Poder Judiciário, análise que possui um grande potencial de pesquisa sobre a forma institucional desta independência e as características como ela é exercida pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, a obra do autor é considerada pioneira, porque pesquisas com vieses institucionalistas, ou que considerem a possibilidade de análise da interação entre o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e o Poder Executivo, tais como referentes aos temas, ativismo judicial, separação dos poderes, análise constitucional do Poder Legislativo e atuação do Poder Executivo, podem ter seus resultados potencializados a partir da utilização dos pressupostos metodológicos e epistêmicos da jurisprudência política: “Logo, não só é importante ver os juízes enquanto atores políticos, como também é importante ver as instituições jurídicas como instituições políticas, resgatando a sua história e a sua função no sistema político como um todo”. (INATOMI, 2020, p. 75).

No início dos anos 2000, a obra de Martin Shapiro é retomada de forma muito vigorosa como possibilidade de novas análises das Cortes Supremas e do seu papel nos modelos institucionais contemporâneos. As mudanças de perspectivas enquanto aportes

---

<sup>57</sup> “In short, behind the facade of judicial independence may lie an assimilation and subordination of judges to the higher civil service. The reality varies greatly from country to country, often on the basis of particular historical experience. Post–World War II Italy felt that judges had yielded too much to the Fascist regime. As a result, while organized in the standard bureaucratic way, the Italian judiciary is an almost completely self-contained and self-controlled career service”. (SHAPIRO, 1986, p. 151).

teóricos para novas perguntas foram reconhecidas como um campo que pode ser melhor desenvolvido:

O que diferenciava sua abordagem institucional daquela de seus predecessores institucionais era sua preocupação com a política das instituições e das relações institucionais. Ou seja, o institucionalismo de Shapiro era de instituições políticas e não de instituições jurídicas. Ele estava preocupado com os pontos fortes e fracos dos tribunais como instituições intimamente envolvidas na criação, formulação e / ou interpretação de políticas. Ele queria comparar os tribunais com outras instituições nesse processo político amplamente definido. A lei, na opinião de Shapiro, é uma ferramenta de política, em vez de um ideal elevado de comportamento que está acima da briga política. (KRITZER, 2003, p. np, tradução nossa).<sup>58</sup>

A sofisticação do trabalho de Martin Shapiro, e por isso ele também foi muito criticado, encontra-se na sua amplitude e dificuldade de definição das suas fronteiras, por exemplo, em apontar que as Cortes são instituições políticas, mas que isso não desnatura a sua condição de instituição jurídica, do mesmo modo que a linguagem jurídica é concebida como um *ethos* próprio dessas organizações e da forma como eles influenciam o sistema político.

Desta forma, pensa-se que isso é um elemento que diferencia o seu trabalho de uma perspectiva da Antropologia do Direito, e que possibilita sua interlocução com áreas mais dogmáticas como é o campo do Direito Constitucional, pois nesse caso, a jurisprudência não é concebida com um disfarce da comunicação institucional, mas como um instrumento de atuação, inclusive, de natureza política em relação as demais instituições.

O seu argumento é centrado na competência da Corte para definição dos demandantes entre vencedores e perdedores, como também na explicação desse resultado a partir de parâmetros que precisam ser reconhecidos como legítimos junto as partes e também ao público. Tal elemento também possui um potencial político na medida em que serve de referência para os demais atores do sistema político.

A contribuição do autor para análises relacionais é bastante pertinente, visto que as decisões judiciais, sejam em caráter definitivo ou provisório, ao final do processo ou em caráter liminar, todas essas variáveis são consideradas como dados relevantes para a compreensão da performance de um Tribunal Constitucional em relação ao seu sistema político.

---

<sup>58</sup> “What differentiated his institutional approach from that of Page 390 →his institutional predecessors was his concern with the politics of institutions and institutional relationships. That is, Shapiro’s institutionalism was that of political institutions rather than of legal institutions. He was concerned about the strengths and weaknesses of courts as institutions intimately involved in creating, shaping, and/or interpreting policy. He wanted to compare courts to other institutions in this broadly defined policy process. Law, in Shapiro’s view, is a tool of policy rather than some lofty ideal of behavior that stands above the political fray”. (KRITZER, 2003, p. np).



No presente trabalho será utilizado desse aporte para a reflexão das relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional (2011-2019), mas o mesmo poderia ir muito além em relação à análise dos grupos de pressão, comportamento individualizado dos ministros em relação às suas decisões. A miríade de possibilidades que o seu trabalho indica pode servir de formulação de novas perguntas para a compreensão das relações interinstitucionais.

Além disso, a metodologia de relações interinstitucionais aqui proposta também pode servir para as relações entre os poderes em escala estadual, por exemplo, entre o Poder Executivo estadual e o Poder Legislativo estadual.

Ao se afastar de uma perspectiva liberal que indica que o Poder Judiciário é independente do sistema político, e por outro lado se servir de postulados que reconhecem um âmbito próprio de operação das instituições jurídicas que também são identificadas como políticas no trabalho de Martin Shapiro, o campo neoinstitucionalista possibilita identificar esse objeto que é de relação do Poder Judiciário e o Poder Legislativo e o sistema político majoritário, não independente de forma absoluta e estanque, mas também precisa ser evitada a sua identificação como se o Poder Judiciário fosse indistinto dos demais poderes da República.

Nesse ponto existe a complexidade e o aspecto interessante da presente proposta metodológica, o desenvolvimento de um mecanismo analítico que possibilite traçar um percurso feito pelas instituições através da sua interação.

Realmente tal construção não serviria para generalizações de ampla dimensão, por outro lado podem servir de registro histórico de períodos relevantes da história nacional, por exemplo, no caso brasileiro existe um consenso crescente de que nos últimos anos o sistema político e institucional passou por mudanças significativas. Sendo possível destacar, inclusive, a existência daqueles que advogaram o fim da Nova República instituída em 1988, nesse ponto, a pesquisa desenvolvida, o banco de dados formado e as análises possíveis, terão um efeito de registrar um período relevante da história nacional.

É importante esse registro, porque no trabalho de Martin Shapiro também é marcante a influência do denominado institucionalismo histórico, qual seja, perspectiva que analisa de que modo determinada instituição é caracterizada pelo seu funcionamento no decorrer da história e também daqueles que nela exerceram funções. Tal debate, como bem lembra qualificada pesquisa de Koerner (2015) é fundamental para entender as instituições jurídicas no Brasil, que tiveram um momento de grande importação de modelos institucionais e aqui, em um contexto periférico e com tradição democrática incipiente, foram criando suas

características, inclusive, pelo contato e interações com outras instituições e relevantes atores políticos.

Com isso, é preciso dizer que o presente trabalho também pretende servir como um registro histórico desses conturbados anos na História recente do Brasil (2011-2019). A pesquisa empírica, conforme se terá a oportunidade de assinalar de forma mais aprofundada nesse mesmo capítulo, serviu como uma verdadeira retrospectiva das principais questões jurídicas e políticas do país, divisão dos royalties do petróleo, a denominada Era Cunha, o inédito afastamento do Deputado Federal Delcídio do Amaral, o denominado impeachment da Presidenta Dilma Rousseff, a Reforma Trabalhista, a Reforma da Previdência, não houve um tema relevante que não tenha passado pelo sismógrafo do controle de constitucionalidade preventivo, via mandado de segurança, ou repressivo, via ações diretas de inconstitucionalidade.

Tal composição, registro e informações, quando o Supremo Tribunal Federal atuou e sob quais argumentos, e quando deixou de atuar, serão analisadas mais detidamente no decorrer do presente capítulo, antes, porém, vale o importante registro de outra autora que também se encontra no âmbito do neoinstitucionalismo, e que reconhece uma dimensão interacional nas relações entre os órgãos de cúpula do Poder Judiciário e do Poder Legislativo.

Trata-se de Lee Epstein (2016), já citada no decorrer do presente trabalho, na parte na qual a mesma concorda com o diagnóstico de Robert Dahl sobre uma tendência de aproximação e convergência das supremas cortes do sistema político majoritário, mas discorda da sua prognose. Para Epstein, não é a nomeação dos ministros da cúpula do Poder Judiciário pelo chefe do Poder Executivo que justificaria tal tendência de aproximação, mas sim o fato dos membros do Poder Judiciário levarem em consideração as demais instituições e seus principais atores políticos no seu processo de decisão, tal concepção foi denominada de institucionalismo estratégico.

Os estudos sobre esse subcampo do neoinstitucionalismo possuem na obra de Walter E. Murphy (2016) um referencial pioneiro, o livro *Elements of judicial strategy*, publicado originalmente no ano de 1964, é considerado um marco de tal proposta metodológica. Segundo o prefácio escrito em nova edição por Lee Epstein, é possível apresentar os seguintes elementos norteadores da sua proposta de análise:

- Juízes atuam com o intuito de alcançar certos objetivos;
- Os juízes agem estrategicamente no sentido de que suas escolhas dependem de suas expectativas sobre as escolhas dos demais atores relevantes;

- As escolhas dos juízes são estruturadas pelo desenho institucional nos quais elas são produzidas (EPSTEIN, 2016, n.p).

A obra inicial de Walter E. Murphy (2016), e a sua metodologia, trabalhou com parâmetros para o posicionamento dos *Chiefs* da Suprema Corte a partir das posições conservadora ou liberais em relação aos direitos civis. Disto resultou toda uma tradição na Ciência Política e no Direito norte-americano sobre possibilidades metodológicas para aplicação do institucionalismo estratégico.

A proposta de análise institucional sobre o agir estratégico pode contribuir para a compreensão da atuação do Poder Judiciário a partir de amostragens com significativa extensão temporal. Se por um lado não pretende indicar uma racionalidade com pretensão universalista, tal aporte metodológico possibilitará a formulação de questionamentos mais adequados, inclusive, sobre fenômenos que tem merecido significativa atenção da produção científica do Direito nas últimas décadas.

Atualmente, não se pode negar, ocorre uma proliferação da expressão institucionalismo estratégico, como se a palavra que lhe é nuclear, estratégia, fosse autoexplicativa, inclusive para a compreensão dos fenômenos sobre as quais a mesma incide. Se a identificação de umnexo de causalidade claro entre determinado comportamento de um ator político, ou até suas decisões judiciais, e sua intenção ou interesses pessoais é muito difícil de ser comprovada, considera-se que tal perspectiva de análise contribui para se evitar suposições de que o Poder Judiciário se encontra isolado em seu funcionamento, ou como se o mesmo atuasse em um vácuo institucional, que não existe.

Assim, Epstein e Knight (1997) apresentam hipóteses institucionais que podem ser consideradas pelos juízes e tribunais no processo de tomada de decisão a depender da sua distância do núcleo de unanimidade, ou a deferência às decisões do tribunal, como também atos de reprimenda decorrente do Poder Legislativo em relação ao Poder Judiciário, com destaque para os seguintes:

- Utilização mais rigorosa do Senado Federal para aprovar juízes que serão nomeados aos tribunais;
- Promulgação de emendas constitucionais para reverter decisões da Corte, ou mudando sua estrutura, como também alterando processos e procedimentos;
- Aprovação de processos por crimes de responsabilidade contra juízes da Corte;
- Afastamento da jurisdição da Corte sobre determinados assuntos;
- Alteração das regras de maioria da Corte para a declaração de inconstitucionalidade;
- Alteração do tamanho da Corte;

- Proibição ao judicial review;
- Questionamento sobre a falta de representatividade política da Corte. (EPSTEIN; KNIGHT, 1997).

Neste conjunto se tem alguns exemplos de ações, ou reações, do Poder Legislativo que podem impactar a atuação dos juízes e dos Tribunais. Importa destacar que o institucionalismo estratégico não trabalha, necessariamente, com nexos de causalidade muito restritos, por exemplo, que a decisão X do Poder Judiciário decorre de uma fase no qual o Tribunal encontra-se muito criticado no debate público, do que poderia resultar em menor deferência as suas decisões, isto é, evitar-se-á a composição de umnexo de causalidade direto e exclusivo.

Assim, a análise estratégica da decisão judicial possibilitará a compreensão de ações e reações entre os poderes da República e ensejando uma apresentação exploratória sobre o número de interações, o exercício do veto, suas características e fundamentação, como também eventuais consequências no Poder Legislativo. Um exemplo bem sucedido de decisão judicial estratégica é apresentado por Mateus Morais Araújo (2017) em situações nas quais o órgão judicial busca uma acomodação de modo a evitar conflitos institucionais na tomada de decisões de parcial procedência, quando parte do pedido é deferido e parte indeferido, possibilitando, assim, a satisfação parcial dos dois polos processuais.

O campo denominado de neoinstitucionalismo traz essa contribuição para análise, ao reconhecer que as variáveis com vieses comportamentalistas não são excludentes das variáveis institucionalistas, uma metodologia mais elaborada tentaria compor esses dois elementos, ou, pelo menos, evitar a defesa incondicional de uma das possibilidades como hierarquicamente superior.

No âmbito do funcionamento dos Tribunais, em obra que analisa as relações entre a Suprema Corte e o Congresso Nacional, Walter Murphy (2016) apresenta os seguintes elementos contextuais que podem ser considerados em uma análise explicativa do processo decisório dos membros do Poder Judiciário, a saber, com tradução livre:

Primeiro, existem restrições ideológicas. Que os juízes se impõem; em seguida, vêm as restrições internas de o Tribunal ser um órgão colegiado e ter que atuar principalmente por meio de juízes de instâncias inferiores. Terceiro, a Suprema Corte também está sujeita a restrições de outros ramos do governo. O Congresso pode aumentar o número de juízes, ampliar ou restringir a jurisdição de apelação do Tribunal, impugnar e remover seus membros ou propor emendas constitucionais

para reverter decisões específicas ou alterar drasticamente o papel judicial tradicional no governo americano. (MURPHY, 2016, p. np).<sup>59</sup>

Assim, se a análise do institucionalismo estratégico pode frustrar aqueles que buscam estabelecer nexos de causalidade estreitos entre uma possibilidade de ação e a opção do ator jurídico e político envolvido, considera-se que a simples existência da possibilidade de tal hipótese vir a ocorrer já é suficiente para que um ator antecipe esse resultado e atue de forma diversa.

Nesse ponto, a contribuição do institucionalismo estratégico é o reconhecimento de que a análise do Poder Judiciário precisa ser uma composição das possibilidades institucionais e as opções dos principais atores envolvidos, mesmo que não seja possível um delineamento de um nexo de causalidade claro entre eles. Sobretudo, porque o Poder Judiciário apresenta-se na ordem do discurso como não politicamente interessado sobre os temas que são submetidos à sua apreciação e decisão.

Com isso, a inserção desse ramo do poder republicano em uma relação entre com os demais já é um avanço epistêmico substantivo, no caso do presente trabalho, com o Poder Legislativo, sendo isso uma forma de mediação com o sistema político majoritário.

A proposta do institucionalismo estratégico se apresenta como um marco teórico com muito potencial para a integração do Poder Judiciário no sistema majoritário, possibilitando análises mais amplas a respeito do comportamento decisório dos Tribunais, e dos seus efeitos desse processo de tomada de decisão no sistema político como um todo. Assim, os Tribunais judiciais são trazidos para a esfera da coparticipação com os demais poderes na estabilidade, ou instabilidade dos regimes políticos. Interpretar a Constituição, decidir sobre as regras de definição dos conflitos políticos no processo legislativo é uma forma de interagir com os demais poderes, constituírem-se os membros do Poder Judiciário como atores políticos e interferirem positivamente, ou negativamente, no funcionamento das instituições jurídicas do regime democrático (EPSTEIN; KNIGHT, 2004; EPSTEIN; KNIGHT; MARTIN, 1989; EPSTEIN; KNIGHT; SHVETSOVA, 2001).

Na hipótese do presente trabalho, essa relação não pode ser descrita pela chave exclusiva do contramajoritarismo, isso porque conforme a revisão de literatura e a pesquisa empírica irão apresentar, os membros do Poder Judiciário consideram inúmeras variáveis no

---

<sup>59</sup> “First there are a ideological restraints. Which the Justices impose to themselves; next come the internal restrictions of the Court-s being a collegial body and having to act largely through lower court judges. Third, the Supreme Court is also subject to restraints from the other branches of government. Congress can increase the number of Justices, enlarge or restrict the Court’s appellate jurisdiction, impeach and remove its members, or propose constitutional amendments either to reverse specific decisions or drastically alter the traditional judicial role in American government”. (MURPHY, 1965, p. np).

seu comportamento decisório, como também a correlação de forças conjunturais com os demais poderes, inclusive, como justificativas para suas decisões, seja a denominada crise da democracia parlamentar ou tendências plebiscitárias do Poder Executivo, isso é, o reconhecimento de um poder que não atua sozinho e isoladamente mas em relação com os demais é elemento reconhecido pelos próprios ministros do Supremo Tribunal Federal, ainda que sob uma argumentação de viés técnico, jurídico e constitucional.

### **3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSO LEGISLATIVO: UMA ANÁLISE INTERINSTITUCIONAL ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONGRESSO NACIONAL (2011-2019)**

No presente capítulo serão apresentados os principais elementos da produção científica a respeito do Poder Judiciário e das suas relações com os demais poderes no Brasil, no momento posterior a Constituição Federal de 1988. Posteriormente, serão apresentados os resultados da pesquisa empírica desenvolvida e de que modo as propostas desenvolvidas no presente trabalho podem auxiliar na compreensão das relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional no lapso temporal entre 2011-2019.

Conforme vem sendo discutido no presente trabalho, a produção científica no campo do Direito sobre o Poder Judiciário no Brasil é fortemente influenciada pelas teorias normativas, o que dificultou a compreensão das suas interações com os demais poderes da República, visto que não existe uma compatibilidade absoluta entre as expectativas de funcionamento das instituições e os dados produzidos por decorrência do seu funcionamento (BRINKS; BLASS, 2018; WHITTINGTON, 2016; RODRIGUEZ, 2015).

Nesse trabalho, a proposta é de maior aproximação entre o debate normativo e as pesquisas empíricas. Para tanto, o presente estudo converge com a literatura que considera relevantes pesquisas que inserem o Poder Judiciário no sistema político, e que buscam catalogar e analisar mecanismos de interações entre esses poderes como respostas que são desenvolvidas no funcionamento dessas instituições e que dizem respeito a questões caras à democracia (BARNES, 2004; DAHL, 2012; DAHL, 2017; GILLMAN, 2004; SHAPIRO, 1986).

Essa mudança de perspectiva pode trazer novos aportes para a compreensão de fenômenos que ainda se apresentam de difícil análise. A hipótese desta pesquisa é que tal mudança, acumulada com a coleta, depuração e análise dos dados, poderá auxiliar a pensar o Poder Judiciário de forma relacionada ao sistema político majoritário (EPSTEIN; MARTIN, 2014).

Com o objetivo de evitar a classificação amplamente compartilhada na literatura das ciências jurídicas como um poder contramajoritário, e com isso traçar de que modo dentro do lapso temporal recortado e da temática selecionada os poderes desenvolveram suas relações interinstitucionais, a iniciativa busca identificar campos de análise com potencial para exploração e desenvolvimento no âmbito das ciências jurídicas:

A adoção de uma perspectiva analítica que supere o marco liberal permite que se avancem as reflexões acerca da judicialização da política, renovando os termos do debate pela compreensão mais aprofundada do papel do Judiciário na conformação da cidadania no Brasil. (AVRITZER; MARONA, 2014, p. 70).

Nesse sentido, o argumento desta pesquisa é que o Supremo Tribunal Federal não é um órgão independente do sistema político majoritário, como também que o controle de constitucionalidade é um instrumento com potencial para a compreensão de que modo a Corte interage com os outros dois poderes da República.

Assim, a ideia do contramajoritarismo não pode ser adotada como uma regra exclusiva da Corte, visto que as tendências majoritárias observadas nos outros poderes, denominada na proposta já apresentada (BRINKS; BLASS, 2018) de *ruling coalition* (RC) tensionam o projeto aprovado pela coalisão originária de 1988 (OC), dando ensejo a argumentos de inconstitucionalidade material pelos atores políticos envolvidos no processo legislativo perante o Supremo Tribunal Federal.

Esses argumentos, em regra são da ordem de inconstitucionalidade material, baseada em princípios, direitos fundamentais e concepções fundantes do pacto fundado em 1988, a maneira como o órgão de cúpula do Poder Judiciário responde a essas indagações é um dos resultados que a presente pesquisa pretende apresentar.

Assim, indicar que a cúpula do Poder Judiciário é um agente do sistema político que pode convergir com tendências majoritaristas não possui uma função de desvelamento sociológico de uma verdade encoberta, mas sim de identificação de uma perspectiva de análise que pode remeter à um campo descritivo sobre o funcionamento das instituições políticas da República, como as mesmas interagem, decidem, e, com isso, solucionam, à sua maneira, questões de alta indagação nas sociedades democráticas.

Os aspectos positivos desse modelo proposto possibilitarão uma maior sofisticação dos debates normativos, redirecionamento das expectativas geradas em relação ao papel de um Tribunal constitucional nos regimes democráticos e maior caracterização das relações no Supremo Tribunal Federal em relação ao Congresso Nacional no período recortado. O que se percebe é que a forte influência das teorias normativas de viés liberal na produção científica do Direito dificulta e não estimula o desenvolvimento de aportes metodológicos adequados para dar conta as novas problematizações.

Nos últimos dez anos é possível indicar o desenvolvimento de novos aportes analíticos no campo do Direito, assim, exceções que precisam ser destacadas ocorrem no campo das pesquisas empíricas do Direito (BELLO; FALBO, 2021; MACHADO, 2017), com grande



variedade de objetos e metodologias, ainda que nem sempre essa articulação seja desenvolvida de forma conjunta com o debate normativo.

A ausência de uma tradição em pesquisa empírica no ensino do Direito brasileiro dificulta a aplicação de metodologias mais sofisticadas, o que talvez justifique a ampla profusão de trabalhos exclusivamente bibliográficos e estudos de casos, a partir dos quais são retiradas conclusões nem sempre passíveis de generalização.

Em decorrência desse contexto, é possível destacar dois fenômenos, análises que defendem e enfocam um contramajoritarismo que não encontra respaldo nos dados produzidos, ou a seleção de decisões positivas ou negativas a depender da hipótese que o analista pretende comprovar e que são utilizadas como base para conclusões generalizantes do comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal (VIEIRA; GLEZER, 2017; WHITTINGTON, 2016).

Assim, decisões do Supremo Tribunal Federal em relação ao processo legislativo que não se adequem a determinada expectativa contramajoritária são apresentadas como incoerentes, incompatíveis com determinada racionalidade jurídica, ou decisões de exceção (RODRIGUEZ, 2015). No presente trabalho é defendido que essas decisões são acomodações de convergência do Poder Judiciário em relação do Poder Legislativo, muitas vezes, inclusive, sob o argumento de deferência aos ditames democráticos.

Exemplos dessas hipóteses não faltam, os inúmeros mandados de segurança e ADIs contra o trâmite da denominada Reforma da Previdência (2016) e da Reforma Trabalhista (2017) e as respostas pontuais e restritas do Supremo Tribunal Federal são indicativas de que o propalado contramajoritarismo nem sempre é exercido, inclusive em situações nas quais existam uma robusta discussão sobre os limites deliberativos do Poder Legislativo em face de diretrizes, algumas explícitas, da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto existem debates de fundo sobre inúmeros processos legislativos que implicaram em uma mudança robusta de matriz em relação a regulação de matérias caras ao projeto de 1988, como os temas correlatos aos direitos sociais. Ao considerar o parâmetro definido na Constituição Federal de 1988, em casos dessa ordem, a ausência de uma análise de mérito das ações que impugnam esses processos legislativos pode implicar em inegável convergência do Supremo Tribunal Federal com as decisões do Congresso Nacional. Tendo como base o período de vigência da Constituição Federal de 1988, a literatura já havia indicado que o tema do processo legislativo é um fator de aumento da judicialização da política (TAYLOR, 2008), no presente trabalho se analisa como essa variável – tema do

processo legislativo – impacta quantitativamente a forma como o Supremo Tribunal Federal decide as ações judiciais.

É interessante observar como os ministros do Supremo Tribunal Federal, em suas decisões<sup>60</sup>, elaboram argumentos sobre o respeito as maiorias legislativas e aos princípios democráticos, sem decidir diretamente sobre os argumentos de inconstitucionalidade material que invariavelmente são apresentados neste tipo de impugnação ao processo legislativo, conforme exposto no presente capítulo, temas sensíveis a alto grau de politização e dissenso, inclusive.

Conforme se pode perceber, a argumentação de deferência ao Poder Legislativo e respeito as maiorias de ocasião são repetidas como uma forma de se evitar uma análise direta sobre os argumentos de inconstitucionalidade material – que são apresentados pelos demandantes –, em oposição dos inúmeros processos legislativos que implementarem robustas reformas constitucionais na organização do Estado brasileiro instituída em 1988.

No ponto, o que em primeiro momento pode parecer deferência a casa legislativa, sob robustos argumentos democráticos, também poderia ser compreendido como convergência com o sistema majoritário em alterações profundas em relação ao modelo proposto em 1988, comprovando uma atuação majoritária do Supremo Tribunal Federal como uma instituição integrante da coalisão pela governabilidade. Assim, decisões contramajoritárias excepcionais não são suficientes para a descaracterização dessa convergência do órgão com o sistema político como regra predominante.

Assim, torna-se necessário que existam métodos de análise que não se restrinjam a considerar as decisões do Supremo Tribunal Federal como incoerentes ao postulado estabelecido na Constituição Federal de 1988, ou decisões de exceção ao paradigma então vigente. A mudança de perspectiva aqui proposta pode inserir uma terceira categoria de análise nas relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, que diz respeito a convergência entre essas mudanças de direções na organização do Estado, ou que pelo menos tal modelo sirva para a compreensão sobre como esses poderes se relacionam entre si, hora mais próximos, hora mais distantes, e até mesmo em posições opostas.

Nesse ponto retoma-se a contribuição de Daniel Brinks e Abby Blass (2018) na diferenciação entre dois momentos, o momento de coalisão originária (*OC - Originating Coalitions*) de deliberação sobre o desenho constitucional, e o segundo momento das coalisões governantes (*RC – Ruling coalition*) quando o modelo originário é submetido a

---

<sup>60</sup> Destacadamente o Ministro Luiz Fux.

deliberações ordinárias. No caso da Constituição Federal de 1988, esses dois momentos são bastante delineados, em relação a aprovação de um desenho constitucional de um Estado de Bem-Estar Social, pródigo na garantia de direitos, incluindo os direitos sociais, e as deliberações legislativas ocorridas desde a década de 1990 no Brasil, que colocam em cheque e testam a manutenção do perfil social democrata do texto constitucional, de modo a colocar sob evidência o comportamento institucional dos poderes da República, tanto do Congresso Nacional, como também do principal órgão focado no presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal.

Importa observar que tal apontamento não visa indicar sobre como a corte deveria julgar casos dessa natureza, mas de descrever como essas divergências foram judicializadas<sup>61</sup> e indicar que ao não entrar no mérito de questões fundamentais que são submetidas ao Poder Judiciário, ou ao julgar essas ações improcedentes sob o argumento de respeito as deliberações do Poder Legislativo, a corte indica movimento de convergência com o sistema político majoritário e não apenas um poder de freios e contra pesos em relação ao Poder Legislativo.

Isso é, tais movimentos não são incoerentes as funções institucionais do Poder Judiciário, ou também não deveriam ser reconhecidos como decisões de exceção, pois, ao fim e ao cabo, as tendências de convergências podem apresentar-se mais recorrentes e comuns do que o exercício contramajoritário de suas competências. Esse tipo de questionamento enseja pesquisas sobre quais são as variáveis com maior poder de inferência no processo decisório das Cortes supremas, trata-se de um debate que há muito envolve os pesquisadores sobre o Poder Judiciário (KAPISZEWSKI, 2011; OLIVEIRA, 2011).

No próximo tópico será apresentada uma revisão dos trabalhos a respeito do Poder Judiciário desenvolvidos no Brasil no momento posterior a proclamação da Constituição Federal de 1988, depois será exposta a pesquisa empírica desenvolvida que teve como objetivo prioritário coletar e organizar os dados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre processo legislativo federal no período 2011-2019 a partir de variáveis independentes que foram desenvolvidas, considerando as pesquisas apresentadas pela teoria normativa, a partir de recortes institucionais e elementos de vieses subjetivos dos membros do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>61</sup> Em função disso a pesquisa empírica apresentada no próximo capítulo desenhou como uma variável relevante a argumentação jurídica de inconstitucionalidade material levadas ao Supremo Tribunal Federal, seja via ações de inconstitucionalidade, ou mandados de segurança. Marcadamente essa espécie de inconstitucionalidade tinha como características indicarem ao Supremo Tribunal Federal divergências entre o desenho constitucional aprovado em 1988 (OC) e as mudanças legislativas aprovadas no período delimitado (RC).

### 3.1 ASPECTOS METODOLÓGICOS DA PRODUÇÃO CIENTÍFICA SOBRE O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

No presente tópico serão apresentadas metodologias de análise sobre o funcionamento do Poder Judiciário, com prioridade na produção científica nacional sobre o tema, envolvendo as Ciências Jurídicas e Ciências Sociais correlatas, no período posterior a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Pretende-se indicar a existência de um campo de desenvolvimento científico na produção das Ciências Jurídicas e correlatas ao tema. O argumento é que existe uma necessidade premente de maior relacionamento entre as teorias normativas e as metodologias de análise empírica, para possibilitar maior aprimoramento das conclusões sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal e suas relações com o sistema político majoritário, marcadamente, o Poder Legislativo.

Assim, nesse tópico serão retomados alguns trabalhos seminais sobre o tema, inclusive, alguns já citados anteriormente, para analisar as características da metodologia aplicada pelas pesquisadoras e pelos pesquisadores, como também suas principais conclusões.

Tal composição visa delinear o panorama da produção científica no qual encontrar-se-á inserido o próximo tópico, com propostas de mudanças de perspectivas na análise do Supremo Tribunal Federal e suas relações com o Congresso Nacional.

Em referência específica a produção da Ciência Política do Brasil sobre o Poder Judiciário e considerando revisões bibliográficas já desenvolvidas (RIBEIRO; ARGUELHES, 2019; ROS, 2017), é possível apresentar os seguintes recortes de campos em desenvolvimento para fins pedagógicos:

- (i) construção institucional, particularmente em relação à definição das regras e agentes dos órgãos judiciais; (ii) acesso, envolvendo as formas e perfis de acionamento dos tribunais; (iii) comportamento decisório, englobando padrões agregados e individuais de votação e de controle da agenda judicial; (iv) impacto, incluindo os efeitos gerais e a implementação das decisões das cortes. (ROS, 2017, p. 58-59).

Difícilmente seria possível um recorte rigoroso sobre as perspectivas indicadas, mas certamente, as mesmas são eficientes para o fim de agrupamento da produção científica e formulação de problemas e hipóteses.

As pesquisas sobre a construção institucional terão no desenho da Constituição Federal de 1988 um marco de análise incontornável, como também as reformas constitucionais posteriores, destacadamente a Reforma do Poder Judiciário (EC 45/2004) que

tiveram como resultado o empoderamento das instituições do sistema de justiça, tanto do Poder Judiciário, quanto do Ministério Público e Defensoria Pública. Esses trabalhos apontaram o aumento das competências do Poder Judiciário, fortalecimento do Ministério Público e autonomia da Defensoria Pública como exemplos de uma aposta do sistema político brasileiro na solução de suas questões fundamentais a partir do Direito (KOERNER; FREITAS, 2013; ROS; TAYLOR, 2008; ARANTES, 1997).

Na produção da literatura científica e doutrinária produzida pelo Direito, tal concepção foi amplamente compartilhada, em alguns momentos de forma até pouco problematizada e com uma forte carga de idealização sobre o potencial das instituições jurídicas. Na produção na área do Direito serão duas posições basicamente: ou a desconsideração desse debate, ou o otimismo como regra (BARROSO, 2009; BONAVIDES, 2005; MENDES; BRANCO, 2015).

No referente ao acesso ao sistema judiciário, uma parte substantiva dos primeiros trabalhos de análise do Poder Judiciário e delineamento do fenômeno da judicialização da política enfocaram a grande novidade de ampliação dos atores partícipes do sistema de controle de constitucionalidade, conforme será mais delineado a seguir, a partir de obras consideradas inaugurais (CASTRO, 1997; KOERNER; MACIEL, 2002; VIANNA *et al.*, 2014; VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007).

As pesquisas sobre comportamento decisório, que é o âmbito que o trabalho se localiza, tiveram como objetivo destacar variáveis com inferência na forma como os tribunais decidem (KAPISZEWSKI, 2011; ARGUELHES; HARTMANN, 2017; CASTRO, 1997; OLIVEIRA; SILVA, 2005; OLIVEIRA, 2017), predominantemente sobre o resultado das decisões dos órgãos colegiados, sendo as pesquisas sobre as decisões individuais um campo com potencial a ser mais desenvolvido, sobre este último aspecto destaca-se Martins (2018) e Arguelhes e Ribeiro (2015).

Trata-se de um campo no qual a grande dificuldade é a localização dos pontos adequados de medição sobre os fatores de agregação das preferências e composição dos resultados da votação, nesse ponto as análises colegiadas tendem a focar os resultados institucionais e, por outro lado, as análises individualizadas dos votos resultam em maior clareza no comportamento de cada ministro, ou membro do Poder Judiciário.

Por fim, no que diz respeito aos estudos sobre o impacto das decisões, o enfoque se localiza nos resultados políticos, jurídicos e orçamentários das decisões do órgão do Poder Judiciário em análise. Nesse campo encontram-se os trabalhos sobre judicialização das políticas públicas, e seus desdobramentos orçamentários, também é possível inserir os debates sobre os diálogos institucionais e os estudos sobre o fenômeno das respostas dos demais

poderes a respeito das decisões do Supremo Tribunal Federal, como mudanças na legislação, tentativas de cerramento das competências do Poder Judiciário, entre outros (GAURI; BRINKS, 2008).

Com isso ficam registrados as principais frentes de desenvolvimento da pesquisa científica no Brasil sobre o Poder Judiciário, nesse panorama é possível indicar dois principais conceitos para a compreensão sobre como as cortes supremas funcionam, por um lado as pesquisas enfatizam o comportamento dos atores componentes do sistema de justiça, suas preferências e interesses (MARTINS, 2018; OLIVEIRA, 2012; ALMEIDA, 2010) e em outra perspectiva as pesquisas enfatizam as instituições e seus respectivos desenhos, funcionamento e interações (VIANNA et al., 2014; ARANTES, 1997; HIRSCHL, 2013; REGO, 2018; KOERNER, 2015; KOERNER; FREITAS, 2013).

Muito sucintamente, é possível indicar, para fins didáticos, que essas diferenças de análises entre comportamento e instituições encontram-se equacionadas em três concepções predominantes na literatura da ciência política sobre análise do poder judiciário, com destaque para as seguintes abordagens apresentadas por Celly Cook Inatomi (2016, 2017, 2020).

**Abordagens de cunho individualista:** com enfoque no comportamento político dos juízes, destacadamente análises como o behaviorismo, mais localizada no âmbito da ciência política, e possuindo como ideia central a análise política do Poder Judiciário, por meio do modelo atitudinal e do modelo estratégico;

**Abordagens de cunho estruturalista:** com destaque para a função do direito e do Poder Judiciário nas estruturas de poder, possui como referência principal de análise as condicionantes sociais, culturais e históricas que ordena e/articula as relações entre os indivíduos e as relações destes com as instituições.

**Abordagens de cunho institucionalista:** Analisa as regras e formas de funcionamento do Poder Judiciário, na condição de instituições com poder coercitivo sobre os atores políticos. Atualmente, o denominado neoinstitucionalismo já considera a relação entre instituições e os sujeitos que as integram. (INATOMI, 2017, p. 102-127).

Tais referências são relevantes para o fim de maior acuidade metodológica no trato da questão, visto que na ausência de uma clareza a respeito desses aspectos metodológicos pode ocorrer grandes prejuízos sobre todo o trabalho desenvolvido.

A revisão bibliográfica apresentada leva em consideração a formulação do problema da presente pesquisa, a saber, considerando o debate normativo sobre as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, como é possível descrever as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de jurisdição constitucional sobre processo legislativo federal no período entre 2011 a 2019? E, como perguntas secundárias, são apresentadas as seguintes: Quais os principais argumentos dispostos pela doutrina do Direito Constitucional contemporâneo referente às relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo? Em qual

medida a dificuldade de definição da supremacia nas relações entre os poderes não está relacionada ao próprio desenho constitucional contemporâneo? Entre os critérios de medição selecionados, quais são as variáveis independentes de maior impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre processo legislativo?

A expectativa é destacar a importância da aproximação entre as teorias normativas e de que modo esse debate auxilia no desenvolvimento de variáveis para medição dos fenômenos ali delineados, assim, a exposição do desenvolvimento desse campo de pesquisa visa considerar o que já foi elaborado e aspectos passíveis de maiores elaborações.

Inicialmente é possível indicar que existem diferenças grandes entre a produção científica de análise das instituições na área das Ciências Jurídicas e das Ciências Sociais aplicadas correlatas. No âmbito da produção científica do Direito, o problema parece surgir quando não há uma expressão clara a respeito da metodologia de análise e, ao mesmo tempo, são apresentadas conclusões sobre o funcionamento do Poder Judiciário e das suas relações com os demais poderes.

Assim, a pouca tradição em pesquisas empíricas nas Faculdades de Direito, e a grande ênfase nas teorias normativas, resultam em análises enviesadas sobre o funcionamento das instituições de justiça, realidade que tem sido objeto de questionamento e tentativas de novas frentes de pesquisas.

Por outro lado, torna-se relevante evitar os riscos do descritivismo, a partir do qual as pesquisas sobre o Poder Judiciário se limitam a classificação das decisões judiciais sem uma contextualização mais ampla das questões de fundo que envolvem a organização das instituições jurídicas (MILLS, 1982).

O esforço de muitos autores é compartilhado no presente trabalho, qual seja, evitar o risco de restrição a uma análise descritiva do funcionamento das instituições jurídicas e, com isso, desconsiderar os fundamentos normativos que servem de justificação para a sua existência. Com isso, tem-se a dificuldade em lidar de forma interdisciplinar com esses três campos distintos, o campo da justificação das instituições (normativo), o campo do seu desenho (positivo) e o campo da análise das instituições em funcionamento (empírico).

O presente trabalho encontra-se predominantemente entre o primeiro e o terceiro campo supracitados, destacando no primeiro capítulo os fundamentos e justificativas do Poder Judiciário e suas relações com o Poder Legislativo, sem desconsiderar a análise jurídica tradicionalmente focada na forma de organização do Estado (desenho institucional) e mantém abertura para o terceiro campo que diz respeito ao funcionamento das instituições (pesquisa empírica), mais comumente analisado pela Ciência Política. Acredita-se que a dificuldade

desse equacionamento deve ser concebida em uma perspectiva de estímulo ao desenvolvimento de pontes entre esses dois campos do conhecimento, em análise interdisciplinar, a partir desse pressuposto metodológico as Ciências Jurídicas tem a ganhar a em um diálogo com a Ciência Política.

Nesse último campo percebe-se que a aproximação do objeto de análise do Poder Judiciário é uma tendência mais marcante após a Constituição Federal de 1988, sendo que os trabalhos apresentam dois recortes muito claros.

No aspecto institucional, os primeiros trabalhos enfatizaram o controle concentrado de constitucionalidade, e no referente a descrição do seu funcionamento houve a composição de uma relação entre os atores do sistema de justiça e o resultado das demandas.

Essa composição apresentou-se pertinente, haja vista que a Constituição Federal de 1988 ampliou o número de legitimados ativos para ingresso com ações diretas de inconstitucionalidade, que anteriormente eram restritas apenas e exclusivamente ao Procurador Geral da República.

Nesse sentido foram os primeiros trabalhos de Marcos Faro de Castro (1997), que estabeleceram uma perspectiva que vai ser observada por muito pesquisadores posteriormente, qual seja, se o acionamento do controle de constitucionalidade pelos partidos políticos poderia ser uma referência do recorte entre oposição e base governista. Em relação aos critérios utilizados para a classificação dos acórdãos, destacam-se: (a) número do processo; (b) tipo de ação ou recurso; (c) data de publicação; (d) origem do processo; (e) natureza do conflito de interesse; (f) classe de matéria; (g) tipo específico de decisão; e (h) tipo geral de decisão (CASTRO, 1997).

O trabalho apresenta opção metodológica quantitativa, seja em relação ao acompanhamento do número de ações que são propostas, não envolvendo o controle difuso, seja em relação aos pedidos deferidos.

Castro (1997) também faz uma classificação em relação ao tema sobre os quais incidem as ações diretas de inconstitucionalidade, envolvendo política tributária, matéria processual, política penal, política setorial, política local, política de rendas, política monetária, política externa, política eleitoral, processo político nacional e não classificada. E o autor também faz uma análise considerando o recorte interesse público e interesse privado, tanto no acionamento do Supremo Tribunal Federal, mas também em relação aos deferimentos dos pedidos.



Por fim, a partir dessa diretriz de viés quantitativo, Castro (1997) conclui o seguinte sobre a relação entre Supremo Tribunal Federal, o sistema político e o fenômeno da judicialização da política:

O STF tem feito uso parcimonioso de garantias constitucionais de amplo alcance, limitando as medidas de impacto político mais visível a decisões liminares. Contudo, a análise dos acórdãos do tribunal revela que também a produção jurisprudencial rotineira do STF tem uma direção marcante na proteção de interesses privados e, portanto, de impacto negativo sobre a implementação de políticas públicas. Isto se dá, porém, de maneira concentrada nos processos em que se discute o pagamento de tributos e contribuições parafiscais. Portanto, uma conclusão geral que se pode extrair das análises acima, com exceção da política tributária, o STF não tem servido de meio eficaz de balizamento institucional (através da proteção de direitos) de políticas oficiais. (CASTRO, 1997, p. 16).

Como a Constituição Federal de 1988 ampliou o número de legitimados com acesso ao controle concentrado de constitucionalidade, foi muito comum que as primeiras análises organizadas de dados sobre o comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal, posteriormente a promulgação da nova carta, levassem em consideração os desdobramentos dessa novidade.

Nesse prisma inaugural do campo de análise do Poder Judiciário no período posterior a Constituição Federal de 1988, também se destaca o trabalho de Oscar Vilhena Vieira (1994) resultante da sua dissertação de mestrado. O trabalho se notabilizou pela sofisticação da sua compreensão do Poder Judiciário e das suas funções junto ao sistema democrático instituído na Nova República, em que pese o trabalho tenha desenvolvido a pesquisa empírica a partir de estudo de casos, considera-se que o seu maior destaque para a presente pesquisa se encontra na indicação das diferenças de competências, expectativas e atuação dos tribunais constitucionais frente à uma Constituição dirigente:

Os tribunais passam de uma posição meramente negativa ou de bloqueio, para uma situação em que lhes são atribuídas competências positivas. Se a implementação da vontade constitucional depende em larga medida de uma ação positiva dos poderes públicos e essa não existir, a sociedade recorrerá ao judiciário para ver realizar seus direitos constitucionais. A atribuição de poderes positivos ao poder judiciário, para suprir essas omissões, provoca dificuldades tanto técnicas, como de justificação do seu poder, frente a uma teoria democrática. (VIEIRA, 1994, p. 35).

Assim, o seu trabalho já na década de 90 indicava o empoderamento do Poder Judiciário em relação ao sistema político, o desdobramento de tais pesquisas pelo pesquisador resultaram na difusão do termo supremocracia a indicar a enorme influência que o órgão exerce no sistema político por decorrência das mudanças institucionais da Constituição de 1998 (VIEIRA, 2008).

Conforme ficará claro no presente capítulo, esse campo de conhecimento foi sendo bastante ampliado e ganhando maior especificidade no decorrer dos anos, tanto teórica quanto metodológica. Trabalhos como esses supracitados ainda são marcados por uma concepção um tanto insular do Poder Judiciário e das suas possibilidades de atuação em relação ao sistema político, assim, tem-se o aspecto positivo por estabelecer relações desse poder da República para com os demais poderes, mas interpreta o fenômeno de maneira monolítica e uniforme. Essa tendência ainda é marcante na produção científica do Direito até os dias atuais.

Nesse período também foi o trabalho de Vianna *et al.* (2014), originalmente publicado em 2002, no qual a metodologia quantitativista é retomada e ocorre o recorte das características da atuação de cada um dos legitimados, tal qual o trabalho de Marcus de Castro (1997), destacadamente, a atuação dos governadores, da Procuradoria Geral da República, dos Partidos Políticos, da Ordem dos Advogados do Brasil. Sendo esses dados relacionados também com o resultado da ação, de modo a verificar quais são os atores com maior chance de sucesso no controle concentrado de constitucionalidade.

Outro recorte que também foi implementado levou em consideração qual o órgão de origem do ato legislativo impugnado, disso surgiu uma diretriz que se reproduziu em várias outras pesquisas realizadas posteriormente. Com destaque para o resultado de que o índice de impugnação das leis estaduais é muito superior ao índice de impugnação da legislação federal (VIANNA *et al.*, 2014).

Afora importantes análises sobre a conformação do federalismo no Brasil a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal, como também a possibilidade de compreensão de fenômenos como a guerra fiscal, visto que os governadores se utilizam do controle concentrado de constitucionalidade para questionar leis aprovadas por outros estados, tais informações levantam relevantes suspeitas que podem ser questionadas no seguinte sentido: se o Poder Legislativo federal apresenta maior criteriosidade no processo legislativo, e até mesmo maior qualidade, de modo que o resultado dos mesmos são menos suscetíveis de impugnação, tal como sugere o autor Sérgio Antonio Ferreira Victor (2015), ou, em segunda hipótese, o nível de conflito político no âmbito estadual se apresenta como mais acirrado, resultando em maior judicialização das leis estaduais.

Victor (2015) ainda levanta a hipótese de que os controles preventivos de constitucionalidade em âmbito federal sejam mais criteriosos, resultando maior qualidade no final do processo legislativo, considera-se que sem produção de pesquisa científica em relação ao tema, e sem o uso da metodologia comparativa em relação a processos legislativos

estaduais fica difícil de sustentar tal hipótese, ainda que o campo analítico se apresente como promissor.

Um outro ponto que se apresenta na pesquisa desenvolvida por Vianna *et al.* (2014) refere-se as conclusões que os ministros do Supremo Tribunal Federal no período recortado apresentavam um comportamento contido na sua atuação institucional.

Interessante observar essa disfunção entre um senso comum a respeito do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, e os resultados empíricos que desde a década de 90 apresentam dados em sentido contrário. A suspeita é que a ausência de uma diferenciação entre possibilidades institucionais de pontos de veto e os resultados decisórios dos tribunais potencializa a difusão desse tipo de conclusão, como se a ampliação das competências dos tribunais resultasse automaticamente no exercício das mesmas. Conforme pesquisas empíricas posteriores indicam, os resultados possuem bem mais nuances em relação a tais afirmativas do que se pode supor inicialmente.

No mesmo sentido de indicar uma tendência a contenção dos tribunais e convergência junto ao Poder Legislativo, destaca-se o trabalho de Ernani Carvalho (2009), que convergirá em uma interpretação recorrente entre os estudiosos da judicialização da política de que o crescente acionamento do Supremo Tribunal Federal não refletiu em uma atuação mais expansiva dessa instituição, segundo os mesmos, os dados do período indicavam deferência em relação aos demais poderes e também ao debate público (ARANTES, 1997; VIANNA *et al.*, 2014).

Um argumento de viés comportamentalista seria o fato de que na década de 90 muitos membros do Supremo Tribunal Federal haviam ingressado na Corte durante o período de exceção (CAMPOS, 2014), marcado pela presença de Chefes do Executivo centralistas, a chegada de ministros mais explicitamente expansivos no Supremo Tribunal Federal ocorrerá a partir dos anos 2000.

Importa destacar análise distinta desses dados, que aponta a ampliação dos números de legitimados ativos a acionarem o Supremo Tribunal Federal, a ausência de filtros<sup>62</sup> processuais para o acesso ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e os dados resultantes da pesquisa empírica apresentada por Luciano Da Ros (2017), segundo o qual tais conclusões precisam considerar a dimensão quantitativa da produção decisória do tribunal.

---

<sup>62</sup> Desde a Reforma do Poder Judiciário pela EC.45/2004 e a promulgação do Novo Código de Processo Civil em 2015 é possível indicar a existência de filtros processuais como a necessidade de comprovação a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário, como também o prequestionamento em matéria constitucional. Interessante observar que em sede de controle difuso de constitucionalidade, o acionamento do Supremo Tribunal Federal por congressistas via mandado de segurança persiste até os dias atuais com poucos filtros processuais.

Nessa perspectiva, ainda que percentualmente os dados indiquem uma baixa intervenção do Poder Judiciário sobre o sistema político, em quantidade, tais resultados são expressivos de modo a afastar uma percepção de um Tribunal auto contido e até mesmo convergir para análises de macro intervenção do Poder Judiciário em relação ao âmbito da política, possibilitando a identificação de fenômenos como a judicialização da mega política e a regulação da política pelo Poder Judiciário (FEREJOHN, 2002; HIRSCHL, 2013).

Ao considerar os resultados que serão apresentados no próximo tópico, importa antecipar que a integração dos mandados de segurança na base de análise do comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal traz nuances relevantes para tal reflexão, visto que a soma dos índices de não decisão com as de decisão de improvimento são muito próximas a 100 % (cem por cento) dos dados coletados, dentro dos recortes da presente pesquisa, o que possibilita a reflexão de que em sede de mandado de segurança, a posição dos membros do Supremo Tribunal Federal, efetivamente, é de contenção, visto que não há nem mesmo um baixo percentual que em quantidade pudesse ser considerado como expressivo de uma mega judicialização da política, ou regulação da política pelo direito.

Tal observação é válida caso seja considerado como judicialização da política não apenas a submissão de grandes temas aos Tribunais, como também as decisões desses em relação a questões que os demais poderes não consideram pertinente decidir. Conforme será exposta, com literatura correlata, os ganhos pela judicialização dos mandados de segurança não se restringem a um eventual sucesso na ação judicial.

Para concluir a apresentação desses trabalhos que podem ser considerados como a primeira geração do debate sobre o Poder Judiciário no período posterior a 1988, destaca-se as pesquisas de Maria Teresa Aina Sadek (1995) e Rogério Arantes (1997), a primeira com pesquisa empírica a partir de entrevistas com magistrados sobre a crise do Poder Judiciário, e o segundo analisando os impactos do desenho constitucional no fortalecimento e atuação do Poder Judiciário em relação ao sistema político.

Além da orientação de Rogério Arantes (1997) e Ernani Carvalho (2009), o trabalho de Maria Teresa Sadek (1995) também serviu de base para pesquisas comportamentalistas sobre a ocupação de cargos na cúpula do Poder Judiciário paulista desenvolvidas por Frederico Normanha Ribeiro de Almeida (2010).

Ao considerar o objeto e objetivos da presente pesquisa, que visa estabelecer relações entre as teorias normativas e a pesquisa empírica para análise das decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional, a presente revisão de literatura não vai abarcar a produção das Ciências Jurídicas que visam exclusivamente com base na

Hermenêutica e na Filosofia do Direito o estabelecimento de parâmetros para uma boa decisão judicial, como também para a compreensão de fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização da política, muitas vezes pouco relacionados com os demais poderes da República.<sup>63</sup>

Conforme já apontado, considera-se que as propostas de análise do funcionamento do Poder Judiciário e das suas relações com o Poder Legislativo em perspectiva exclusivamente normativa possuem dificuldades de natureza metodológica e conceitual para a compreensão desses fenômenos, como também de concepção, visto que muitas vezes excluem do fenômeno jurídico algo que lhe é inafastável, que é a sua dimensão política, conjuntural e comportamental, supondo a possibilidade de exclusivamente com base nos critérios de interpretação normativa definir o que é uma decisão juridicamente adequada (NOBRE; RODRIGUEZ, 2011).

No campo fronteiro entre as teorias normativas e as análises empíricas a respeito do Poder Judiciário, recorte prioritário do presente trabalho, merece destaque o trabalho de Conrado Hubner Mendes (2008) intitulado *Controle de Constitucionalidade e Democracia* e já referido no primeiro capítulo. Considera-se que a grande contribuição desse trabalho para o campo de pesquisas no âmbito das teorias normativas em Direito é o afastamento de uma tentativa de defesa incondicional da insularidade da produção científica normativa do Direito, independentemente dos dados obtidos a partir do funcionamento das instituições. Segundo o autor, apenas pesquisas empíricas possibilitariam a análise sobre as soluções possíveis, ou adequações encontradas pelas instituições e principais atores do sistema de justiça a respeito de questões fundamentais da institucionalidade democrática.

Mendes (2008) apresenta ceticismo em relação ao potencial da hermenêutica jurídica para garantir uma boa decisão judicial submetida aos pressupostos dos ditames democráticos, segundo os quais tais requisitos não se limitam as regras e procedimentos para uma melhor interpretação, sobretudo, considerando a transcendência dessas decisões para outras esferas, além do Poder Judiciário. Por decorrência disso, aponta o esquivamento das pesquisas em direito em relação a um ponto nevrálgico do debate sobre os Tribunais constitucionais nos regimes democráticos, qual seja, a pesquisa empírica:

É curioso que não se costume realizar pesquisa empírica para sustentar a compatibilidade entre democracia e revisão judicial. Se não há respostas teóricas

---

<sup>63</sup> Além daqueles já relacionados no decorrer do texto, destaca-se o trabalho de Loiane Prado Verbicaro, *Judicialização da Política, Ativismo e discricionariedade judicial*, que desenvolve análises a partir da Filosofia do Direito para a compreensão do que seja uma decisão judicial adequada aos limites da discricionariedade judicial (VERBICARO, 2019).

para questões empíricas, e se proteger os direitos fundamentais é uma questão empírica, não há como defender a revisão judicial no plano exclusivamente teórico-abstrato. Parece-me que essa é uma lacuna relevante. (MENDES, 2008, p. 127).

Mendes (2008) aponta essa lacuna sem desconsiderar as dificuldades de tal empreendimento, muitas delas diagnosticadas na presente pesquisa, destacadamente, como elaborar a partir das teorias normativas desenhos de pesquisa e critérios de medição sobre uma posição institucional dos tribunais que diga respeito a defesa de direitos fundamentais passíveis de serem comprovados empiricamente.<sup>64</sup>

A dificuldade assinalada é premente, porque desvela o risco de uma perspectiva substantiva do analista em relação a como o Tribunal deveria julgar determinadas matérias. No presente trabalho, tal dificuldade não foi enfrentada por decorrência do desenho da pesquisa desenvolvido e dos seus objetivos.

Assim, não foi objeto da pesquisa definir como o Tribunal deveria julgar a partir de um marco teórico, ou se ele julgou de forma adequada ou não adequada as matérias que foram objeto de judicialização nos termos da Constituição Federal de 1988, porque tais juízos de valor seriam substantivos, sejam em relação as teorias normativas, sejam em relação as circunstâncias da política. Por outro lado, não se pode desconsiderar o papel a ser exercido pelo conhecimento científico, no presente trabalho focado em descrição criteriosa do fenômeno e análise a partir do conjunto de dados obtidos.

Na pesquisa, o estudo sobre os argumentos de inconstitucionalidade não serão analisados em perspectiva valorativa a respeito da constitucionalidade dos processos legislativos judicializados, mas sim como variáveis instrumentalizadas pelos atores do sistema de justiça com vistas a quantificar o impacto de tais dados no processo decisório do Supremo Tribunal Federal.

Feitas referências mais amplas sobre o campo do Poder Judiciário tanto na seara do Direito quanto da Ciência Política brasileira, a partir de agora serão destacadas bibliografias específicas sobre pontos nucleares da presente pesquisa. Nessa revisão de literatura, destaca-se um trabalho cuja metodologia foi muito debatida e que importa particularmente para essa pesquisa, visto que o seu recorte incide sobre as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

Trata-se do trabalho de Thamy Pogrebinski (2011), *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. As próximas informações também considerarão o

---

<sup>64</sup> Interessante observar na produção de Conrado Hubner Mendes que, a despeito da pertinente indicação das pesquisas empíricas como referências para as teorias normativas, em trabalho posterior, o autor se mantém em análises normativas, marcadamente, a partir das expectativas incidentes sobre os tribunais constitucionais em uma concepção de democracia deliberativa. (MENDES, 2014).

trabalho de Sérgio Antonio Ferreira Victor (2015) denominado *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*, isso porque esse último usou o mesmo banco de dados do anterior, e chegou a conclusões muito próximas, de modo que se acredita ser possível a análise conjunta, desde que ressaltado que o primeiro foi desenvolvido no campo da Ciência Política e o segundo no campo do Direito.

Essas duas obras interessam para a presente pesquisa por três motivos, o primeiro de caráter institucional, pois o foco incide sobre as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, o segundo de caráter temporal, haja vista que o fim do lapso temporal analisado (1988-2009) aproxima-se do termo inicial da presente pesquisa (2011-2019), o terceiro e último motivo que justifica a exposição sobre as conclusões desse livro possui dimensão epistemológica, visto que a autora também assumiu o desafio de tentar unir pesquisa empírica sem desconsiderar a importância da perspectiva normativa.

O trabalho originário de Thamy Pogrebinski (2011) teve como recorte os anos de 1988-2009, do qual resultou um universo de 4574 (quatro mil quinhentos e setenta e quatro) ações protocoladas no Supremo Tribunal Federal, com enfoque exclusivo no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

Em seu trabalho, Pogrebinski (2011) considerou as demandas sobre o órgão do Poder Judiciário, as respostas deste e de que modo esses dados poderiam confirmar ou desconstruir o argumento de que a judicialização da política decorre de uma crise nos órgãos ordinários de representação política.

O argumento é conhecido, haja vista a crise mundial da democracia representativa, agravada em países de contexto periférico como o Brasil, haveria uma tendência de sobrevalorização das atribuições do Poder Judiciário para as soluções de questões fundamentais da democracia.

A autora considera que esse é um falso silogismo, e converge com a posição supracitada que identifica o comportamento do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade como parcimonioso e não expansivo em relação aos demais poderes, sobretudo, ao Poder Legislativo:

O que esse livro revela é que desde 1988 o STF vem exercendo sua função contramajoritária de modo bastante parcimonioso e, mais do que isso, vem contribuindo, no exercício do controle de constitucionalidade, para o fortalecimento da vontade majoritária expressa pelas instituições representativas, isto é, pelos poderes Legislativo e Executivo. Ajustadas as premissas, tem-se como conclusão do silogismo da judicialização o fortalecimento da representação. (POGREBINSCHI, 2011, p. 09).

No debate acadêmico, o trabalho foi objeto de muitos questionamentos, visto que chegou a conclusões bastante distintas daquelas até então compartilhadas. E, a despeito dos dados e conclusões que serão compartilhadas na sequência, e da inegável qualidade da pesquisadora, passados 11 (onze) anos da publicação do livro não parece possível indicar que o mesmo foi um divisor de águas na produção científica sobre os temas correlatos.

A obra é considerada uma virada empírica da autora que até o momento destacava-se como premiada pesquisadora do campo da Ciência Política, a opção metodológica foi quantitativista, e alguns dados obtidos merecem atenção. A primeira delas é que no banco de dados analisados pela autora e utilizado por Victor (2015), a impugnação de leis federais no Supremo Tribunal Federal resultam em 18,74% do montante de 4574 (POGREBINSCHI, 2011).

Além do baixo índice de ações judiciais no Supremo Tribunal Federal que possuem como objeto processos legislativos federais, a autora também apresenta como dados para justificar suas conclusões, o número de ações com essas características que são indeferidas pelo STF, que somadas entre indeferimento sem julgamento do mérito com as improcedentes se chega ao percentual de 86,68% das ações ajuizadas. Disso a autora indica:

Vimos que, excluindo-se desse universo as ações que ainda aguardam julgamento e considerando-se apenas as que receberam decisão final, o percentual de decisões procedentes e procedentes em parte eleva-se pouquíssimo, atingindo apenas 13,32%. Foram impetradas em 21 anos 841 ações, entre ADIs e ADPFs, contra normas do Legislativo Federal, o que resulta em uma média de 40,05 ao ano. Já as ADIs e ADPFs julgadas procedentes e procedentes em parte perfazem, juntas, uma média de 3,19 ao ano. (POGREBINSCHI, 2011, p. 36).

A partir desses dados, a autora sugere uma maior qualidade do trâmite do processo legislativo federal, uma maior parcimônia do Supremo Tribunal Federal em relação ao Congresso Nacional, e a não caracterização do argumento contramajoritário por parte do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

A forma como a autora se utilizou da metodologia quantitativista foi considerada problemática por um grande número de autores, na medida em que tal opção metodológica se não for utilizada ciente dos seus riscos pode levar a conclusões frágeis. A respeito destes destaca-se o argumento apresentado por um destacado estudioso do ativismo judicial:

A abordagem da autora, que nega o ativismo judicial do Supremo diante do Congresso Nacional merece inicialmente crítica de sentido epistêmico. Pogrebinschi reduziu o ativismo judicial a um critério único de identificação, qual seja, a frequência com que o Supremo declarou a inconstitucionalidade das leis do Congresso. Para a autora, conhecer o ativismo judicial se resume à solução de uma única pergunta: quantas vezes o Supremo declarou inconstitucionais leis do Congresso Nacional? Embora facilmente identificável e mensurável, este critério



isolado possui uma reduzida capacidade epistêmica, pois não é capaz de fornecer um conhecimento abrangente dos momentos e movimentos ativistas do Supremo Tribunal Federal. (CAMPOS, 2012, p. 263).

Mesmo que tenha sido apresentado limites ao uso do conceito de ativismo judicial, a sua crítica epistemológica ao trabalho da autora, na mesma linha de outros, apresenta deveras fundamento.

Um outro ponto de caráter institucional que merece ser destacado diz respeito a denominada presunção de constitucionalidade das leis aprovadas no Poder Legislativo, muito mais do que um princípio abstrato a ser observado, tal disposição indica que o funcionamento ordinário das casas legislativas, inclusive o exercício da oposição política, que comumente possui o efeito de indicar defeitos no processo legislativo, como também o funcionamento dos órgãos de controle preventivo de constitucionalidade, como as comissões de constituição e justiça e o veto do chefe do Poder Executivo, resultam em um parâmetro de qualidade das leis aprovadas.

A saber, a regra é a constitucionalidade das leis, e não o inverso. Tal raciocínio, bastante intuitivo, deveria afastar o argumento de que basta a apresentação de números que indiquem os baixos índices de ajuizamento e/ou deferimento em ações de inconstitucionalidade para chegar à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal exerce suas atribuições de forma parcimoniosa e cometida.

Não, essa é a regra, e as distorções não serão gritantes em análises quantitativas, mas essas podem servir para apresentação de variáveis de maior impacto na judicialização, como também no deferimento dessas ações. A saber, se está sendo criticado o quantitativismo por que será utilizada essa metodologia de análise no próximo tópico? Justamente porque considera-se que todas opções metodológicas apresentam aspectos positivos e limites, e que as mesmas podem ser potencializadas em relação aos primeiros e minoradas em relação aos segundos.

A tese de Pogrebinski (2011) de que se trata de um falso silogismo a indicação da judicialização como derivada de uma ineficiência dos órgãos de representação política foi bastante debatida, nesse ponto parecem problemáticas, não a obtenção dos números em si, mas sim as conclusões que os autores supracitados chegaram a partir desses números, além de outros que serão indicados a seguir.

Ora, o baixo número de normas federais impugnadas não pode levar a crer que isso seja reflexo de uma maior qualidade da produção legislativa, pois isso seria uma construção excessiva sobre dados que não sugerem com clareza sustentação para essas conclusões.

Nesse ponto é preciso lembrar que as análises quantitativas que concluíram pela atuação parcimoniosa do Supremo Tribunal Federal precisam levar em consideração dois pontos. O primeiro referente ao recorte temporal, já citado, cuja aposentadoria de membros mais deferentes poderia dar ensejo a membros mais expansivos, a segunda questão diz respeito aos cuidados necessários com a utilização da metodologia quantitativa.

O trabalho de Thamy Pogrebinski (2011) concluiu pela atuação deferente do Supremo Tribunal Federal ao relacionar o grande número de demandas propostas e o baixo número de demandas deferidas, o que enseja a conclusão de um comentimento por parte desse órgão.

O problema dessa falta de prevenção aos riscos do quantitativismo é fazer uma análise exclusivamente numérica e descritiva, que impede um olhar mais detalhado a respeito do universo, mesmo que seja pequeno, das ações que são deferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Particularmente, em relação ao trabalho de Thamy Pogrebinski (2011) percebe-se que ocorre a utilização de binômios que são compartilhados por esse campo do conhecimento, ainda que se tenha indicado os limites do seu potencial analítico, por exemplo, a chave do argumento contramajoritário como vínculo indissociável com o exercício do controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário pode ser fortemente impugnada.

Assim, tal formulação, se a judicialização da política resulta da crise da representação democrática ou lhe serve de aperfeiçoamento, desfoca as questões centrais que dizem respeito a compreensão como os poderes da República se relacionam. Como também aponta como distorção, ou aperfeiçoamento, o que pode ser compreendido como o próprio funcionamento dessas instituições dentro de um contexto contemporâneo e periférico, sem a necessidade de sua identificação como piorada ou em aperfeiçoamento.

Outro ponto que parece suscetível de reflexão diz respeito a vinculação do fenômeno de maior expansão do Poder Judiciário como resultante de uma eventual crise da democracia representativa e dos seus órgãos prioritários, tal qual o Congresso Nacional.

Considera-se que esse enquadramento binominal, isso é, para um poder se expandir o outro precisa estar em crise, implica em um reducionismo na análise do fenômeno. A uma, o conceito de democracia representativa é um conceito que surge e se desenvolve em crise (LESSA, 2012), ampliada e aprofundada no século XX e XXI, a duas porque o enquadramento proposto por Pogrebinski (2011) e Victor (2015) pode fazer supor um funcionamento idealizado das relações entre os poderes da República, desconsiderando questões institucionais que são incontornáveis ao regime democrático contemporâneo. E que

as tentativas da sua solução não deveriam ser concebidas automaticamente como um funcionamento distorcido das instituições.

Nesse sentido, é a mudança de perspectiva proposta no presente trabalho, em convergência com a posição de Jeb Barnes (2004) apresentada no início deste capítulo. Ora, as instituições funcionam e interagem entre si, nessas operações são colocadas e solucionadas questões profundas do funcionamento do regime democrático.

Segundo o argumento desta pesquisa, mais importante do que se destacar uma única instituição e defender a sua supremacia, é compreender como essa interação interinstitucional opera, e se nesse funcionamento é possível identificar parâmetros normativos de um regime democrático contemporâneo.

Ao considerando o objeto do trabalho, o processo decisório do Supremo Tribunal Federal sobre processos legislativos federais em sede de jurisdição constitucional como critério de análise das relações interinstitucionais com o Congresso Nacional, torna-se pertinente apresentar a literatura relevante sobre os seguintes elementos: variáveis incidentes no processo decisório do Supremo Tribunal Federal, incidência dos direitos sociais como questão relevante para a jurisdição constitucional e posição do Supremo Tribunal Federal a respeito dos atos *interna corporis* do Congresso Nacional e integração do controle difuso no campo de análise do processo decisório do Supremo Tribunal Federal.

Entre as pesquisas sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal destaca-se o trabalho de Diana Kapiszewski (2011), a pergunta central da autora, a partir da qual ela vai apresentar e justificar as variáveis independentes indicadas é porque os órgãos do Poder Judiciário têm assumido a tarefa de decidir sobre questões politicamente espinhosas. O esforço não é inaugural, já vem de tempo que a literatura norte-americana tenta desvelar quais são os principais fatores incidentes no processo decisório dos tribunais judiciais

Nesta senda são articuladas as variáveis possíveis e já indicadas no texto, de viés comportamental, ideológicos, institucionais, entre outras. O que vale destacar nesse trabalho, como também no próximo, são as variáveis selecionadas, como referência de apresentação da literatura e testagem de hipóteses no próximo tópico.

A autora em análise destaca as seguintes variáveis: “(1) sua própria ideologia, (2) interesses institucionais judiciais, (3) preferências do ramo eleito, (4) as possíveis

consequências econômicas ou políticas de sua decisão, (5) opinião popular sobre o caso, e (6) a lei e as considerações legais”. (KAPISZEWSKI, 2011, p. 472–473).<sup>65</sup>

Ao analisar as principais decisões do órgão, Kapiszewski (2011) considera que o comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal tem nas suas decisões sobre a ordem econômica um referencial destacado de análise. Desde já três lições são relevantes: a impossibilidade de enquadramento de todas as variáveis incidentes sobre o funcionamento da corte, o reconhecimento de que os Tribunais constitucionais exercem possuem várias e múltiplas regras de atuação junto ao sistema político, e, por fim, que essa interação entre o Poder Judiciário e os demais poderes pode aferir critérios de instabilidade ou estabilização do regime político.

Assim, Kapiszewski (2011) apresenta sua proposta de equilíbrio tático, que é um modelo no qual as variáveis comportamentais e institucionais são aplicadas conjuntamente e passíveis de incidência de forma não excludente. Segundo a autora:

A tese do equilíbrio tático sugere que os tribunais superiores equilibram uma série de considerações ideológicas, institucionais, estratégicas e jurídicas ao julgar casos politicamente cruciais e que a maneira como o fazem influencia a direção e a intensidade de suas decisões. (KAPISZEWSKI, 2011, p. 497).

Conforme é indicado pela autora, trata-se de uma opção metodológica que tenta se afastar da análise dicotômica entre comportamentalismo e institucionalismo, como se as pesquisas não pudessem mesclar variáveis com vistas à medição de um ou outro campo de análise. Vale destacar que não é um comportamento solitário, e em que pese o longo debate entre essas duas vertentes, é possível apontar na literatura outras autoras e autores que também fazem uma proposta de aplicação combinada entre esses dois elementos.

No mesmo sentido é a proposta de Fabiana Oliveira (2011), que a partir da articulação entre o Direito e Política argumenta que a trajetória profissional dos ministros antes da nomeação ao Supremo Tribunal Federal é uma variável relevante para a compreensão do processo de tomada de decisão da corte. Com destaque para as seguintes perguntas:

Construímos quatro modelos para responder às seguintes questões: 1) que fatores influenciam o STF a considerar uma lei inconstitucional?; 2) que fatores influenciam o ministro a votar pela inconstitucionalidade de uma lei?; 3) que fatores influenciam o STF a não decidir com unanimidade?; e 4) que fatores influenciam o ministro a votar contra a posição majoritária? (OLIVEIRA, 2011, p. 20).

---

<sup>65</sup> “(1) their own ideology, (2) judicial institutional interests, (3) elected branch preferences, (4) the possible economic or political consequences of their decision, (5) popular opinion regarding the case, and (6) the law and legal considerations”. (KAPISZEWSKI, 2011, p. 472-473).

Assim, segundo Oliveira (2011) apresenta em suas razões, a sua proposta mescla variáveis com vieses comportamentalistas, institucionalistas, sociologia das profissões, jurisprudência e o debate da *Law and Politics*, o reconhecimento dessas convergências não exclui a tradição do debate entre esses dois campos, mas é possível identificar um esforço de combinação possível dos mecanismos de aproximação dos fenômenos estudados, como, por exemplo, é o trabalho desenvolvido sob o conceito de neoinstitucionalismo (GILLMAN; CLAYTON, 1999).

No presente trabalho, considerando o desenho desenvolvido apresenta-se necessária a justificação e apresentação da literatura correspondente de duas variáveis específicas, que são o tema do processo legislativo – direitos sociais, e as denominadas não decisões.

Conforme foi apresentado no primeiro capítulo, a inserção dos direitos sociais na ordem constitucional foi um fator de grande impacto nas relações entre o Direito e a Política no Estado contemporâneo, somado a isso, o aumento do pluralismo partidário, incluindo aqueles cuja a pauta da questão social lhe é nuclear e com a defesa de um Estado provedor de direitos básicos impôs ao ordenamento jurídico, e aos tribunais, uma mudança substantiva do seu papel.

Estruturalmente, é preciso indicar que tal inovação foi um fator de mudança também na separação dos poderes, e também de ordem normativa, visto que foi necessária a criação de novos aportes para que o Estado tivesse uma atuação mais interventiva na esfera econômica para regular e prover os direitos sociais, tal quadro é aprofundado em países de tradição colonial e profundas desigualdades sociais e regionais (BERCOVICI, 2004a; GAURI; BRINKS, 2008; KERSTENERTZKY, 2012; VIEIRA, 1994).

A literatura tem tratado a questão na chave de análise da politização das políticas públicas, e também já existe o consenso de que a saliência do tema é de aumento da judicialização (BRINKS; BLASS, 2018; TAYLOR, 2008).

Esse campo de pesquisa foi potencializado desde a Constituição de 1988, mas é necessária uma percepção das categorias do Direito Processual para o debate aqui exposto, qual seja, existem diferenças entre o ingresso com uma ação judicial para o requerimento de medicamentos, de uma ação judicial que apresenta um argumento de inconstitucionalidade material porque determinado processo de Reforma Previdenciária, por exemplo, desnatura o projeto original da Constituição Federal de 1988.

Tratam-se de causa de pedir, requerimentos e demandas distintas, que também terão distinções em relação a decisão do Supremo Tribunal Federal, assim, se o modelo originário do texto constitucional desenhava um Estado de Bem-Estar Social e as reformas legislativas

foram judicializadas sistematicamente ao Supremo Tribunal Federal sob o argumento de inconstitucionalidade material, a forma como tribunal decide é altamente indicativa da sua função junto ao sistema político, como também em relação ao exercício da competência da denominada guarda da Constituição, seja no sentido de exercício do poder de veto, sob tal argumentação, seja no sentido do seu não exercício. Uma vez acionado, toda e qualquer posição do órgão sob esses argumentos possibilita um registro mais amplo a respeito do seu papel no regime instituído no Brasil no momento posterior a 1988, no presente caso focado no período entre 2011-2019.

E isso remete a uma segunda variável independente que merece análise específica, que são as denominadas não decisões do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um conjunto de posições de jurisprudências que possuem como impacto a extinção do processo sem análise do mérito. Nesse quesito, José Mario Wanderley Gomes Neto tem apresentado uma proposta de taxonomia das hipóteses de extinção do processo sem análise do mérito, tais como mudança da norma constitucional que é usada como parâmetro de constitucionalidade em uma ação específica, a rejeição da medida provisória por transcurso do prazo sem manifestação do Poder Legislativo, a perda do mandato congressional daquele que impetrou o mandado de segurança por ilegitimidade ativa, a negativa de seguimento, extinção do processo sem análise do mérito, entre muitos outros (LIMA; GOMES NETO, 2018).

A contribuição do trabalho dos autores encontra-se no ato de integração da não decisão como elemento exploratório para a compreensão da atuação do Supremo Tribunal Federal em relação ao sistema político. O ponto apresenta a sua sofisticação, com a qual concorda-se, ao indicar que a linguagem jurídica e as técnicas processuais podem ser utilizadas para fins estratégicos de *powerless* por parte do órgão, a saber, não julgar para evitar contextos de conflito com os demais poderes, no caso desta pesquisa, o Poder Legislativo.

Em trabalho posterior, Gomes Neto e Lima (2016) exploram o que denominam de os mistérios do tempo, que diz respeito a utilização conjugada do controle de agenda no processo decisório, um ponto identificado como ausente de critérios objetivos para a sua definição (ARGUELHES; HARTMANN, 2017) com a jurisprudência da não decisão, sugerindo o uso estratégico da passagem do tempo para a aplicação posterior da não decisão como meio para se evitar decisões sobre temas conflituosos em relação aos demais poderes, como também a própria sociedade brasileira de modo geral.

No presente trabalho, a variável não decisão foi articulada com a variável direitos sociais, a partir do questionamento desse tema específico, pelo seu alto nível de conflito

político e dissenso no trâmite do processo legislativo, se é possível uma aplicação mais incidente da jurisprudência referente a não decisão. Os resultados que serão apresentados no próximo tópico são indicativos que tal correlação não possui significância estatística, a despeito da hipótese inicial do trabalho.

O ponto que se considera inovador nesse aspecto, portanto, não é a existência das não decisões, nem mesmo a identificação de que a temática<sup>66</sup> é um elemento de maior judicialização, mas sim que o tema específico direitos sociais é variável relevante no processo decisório do Supremo Tribunal Federal para aplicação da jurisprudência de não decisão.

Por fim, se faz importante apresentar pesquisas sobre dois temas que convergem com o campo ora em debate, mesmo que de forma sucinta, a saber, pesquisas mais recentes sobre o controle difuso de constitucionalidade e as suas potencialidades com objeto de pesquisa sobre as relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, como também pesquisas sobre o modelo teórico dos diálogos constitucionais.

A ampliação da perspectiva de análise do Supremo Tribunal Federal para além do controle concentrado tem relevantes impactos para a compreensão do funcionamento da corte no sistema político. Isso, porque o Brasil possui a justaposição entre o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade.

Essas novas possibilidades se diferenciam em larga medida pela mais ampla legitimidade ativa de acesso ao Tribunal, como também se trata de mais uma possibilidade de atuação monocrática por cada um dos ministros.

Nesse aspecto, torna-se pertinente o questionamento se a depender da forma de acesso ao Supremo Tribunal Federal, via controle concentrado ou controle difuso, existe diferença no seu comportamento decisório. Trata-se do debate sobre o processo decisório do Tribunal, e seus efeitos, com o seguinte destaque:

Em síntese, “a” ação do STF no processo político decisório é condicionada inicialmente pelas regras do seu processo decisório interno. Esse processo interno ao tribunal é importante para se entender os efeitos que tal ator pode exercer “para fora”, ou interagir com outros atores em outras arenas de decisão. Essas constatações, porém, deixam em aberto um front ainda inexplorado e que procuramos mapear de forma preliminar neste trabalho. Pelo desenho institucional do STF, existem maneiras pelas quais os Ministros podem participar e influenciar o processo decisório político sem passar necessariamente pelo processo decisório interno do tribunal. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 126).

Os autores supracitados referem-se tanto a possibilidades formais quanto informais de atuação direta dos ministros do Supremo Tribunal Federal, o presente estudo terá foco nas

---

<sup>66</sup> A literatura da Ciência Política utiliza-se da expressão *saliência* como parâmetro de identificação de maior judicialização, ou mudança no padrão decisório do Supremo Tribunal Federal.

possibilidades formais de atuação dos ministros, destacadamente, as características e relações difundidas a partir da criação jurisprudencial que reconheceu a possibilidade de congressistas acionarem o poder judiciário para a garantia do seu direito de participação à um devido processo legislativo idôneo.

Esse campo de análise apresenta dois desdobramentos que são bastantes distintos do desenvolvimento até o momento, o primeiro referente a ampliação do campo de atuação dos ministros individualmente, do que surgirá a expressão “Ministocracia” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015), e o segundo relacionado à legitimidade de acesso bem mais ampla ao envolver todos os congressistas de determinada legislatura.

Nessa perspectiva, surge uma nova agenda de pesquisa: quais são as possibilidades de ação individual aberta aos Ministros do STF e que, correspondentes ou não a regras legais ou regimentais explícitas, sejam suficientes para estimular ou desestimular certos comportamentos por parte dos atores políticos externos ao tribunal, mesmo na ausência de decisões oriundas do tribunal como arena decisória colegiada? (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 128).

A pergunta que esse tipo de composição enseja é se o banco de dados apresentado no próximo tópico, que diferencia e compara as duas espécies de controle de constitucionalidade possibilita uma identificação de formas diferentes de decisão que possam ser relacionadas as regras processuais de atuação direta de cada ministro do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o controle difuso de constitucionalidade, que tem sido objeto de atenção crescente na produção científica, destacam-se dois trabalhos, *Tricameralismo a brasileira? A expansão do controle preventivo de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, resultado do Trabalho de Conclusão de Curso de Ivan Falconi (2018), e *Minorias, processo legislativo e judicialização*, que é resultado da dissertação de Mestrado de Matheus Henrique dos Santos da Escossia (2019).

Ao destacar questões de vieses metodológicos, como é a proposta desse tópico, o primeiro trabalho adota predominantemente metodologia quantitativa, e reproduz no controle difuso relevantes recortes que as principais pesquisas desenvolveram sobre o tema em sede de controle concentrado. Destacadamente, número de mandados de segurança divididos por ano civil, características dos postulantes em relação ao governo, números de ações constitucionais com pedidos de liminar, lapso temporal entre o pedido, concessão e manutenção da liminar que tiveram repercussão em relação a processos legislativos em trâmite.

Conforme é de conhecimento, e será mais aprofundado no próximo capítulo, a criação do mandado de segurança como instrumento de controle preventivo de constitucionalidade é



jurisprudencial, o que eleva em muito a complexidade do instituto e os rigores para a sua justificação.

O trabalho de Falconi (2018) indica que o Supremo Tribunal Federal tem sido receptivo a esse tipo de acionamento, em que pese os números, conforme será exposto a seguir, não sejam vultuosos. O seu texto avança quando discrimina as causas de pedir com os resultados do mandado de segurança, destaca-se alguns números da pesquisa para o fim de difusão do conhecimento produzido.

O recorte temporal do trabalho referido foi inicialmente o reconhecimento dessa possibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal, a partir do MS. 20.257, de 19 de agosto de 1980, e o termo final 30 de outubro de 2018. Sob o viés quantitativo, destaca-se os resultados:

(...) após 2010, há um considerável aumento da quantidade impetrada no decorrer dos anos, quantidade esta que continua estável até atingir um exponencial avanço no ano de 2017, ocasião em que foram impetrados mais do que o dobro de mandados de segurança apresentados em 2013, ano com a maior quantidade da série histórica até então. (FALCONI, 2018, p. 94).

O autor identifica um crescente uso do mandado de segurança para impugnação do trâmite do processo legislativo federal, em um recorte a partir das legislaturas 54 e 55<sup>67</sup>, aponta que nesse período alcançou-se o impressionante percentual de conter 51,77% da totalidade das ações constitucionais propostas, tendo em consideração o termo inicial temporal de 1980. Em relação as liminares deferidas no período analisado de 38 (trinta e oito anos), em um total de 11 (onze) liminares deferidas, 8 (oito) o foram entre as duas últimas legislaturas mencionadas (FALCONI, 2018).

Em relação aos impetrantes, os membros da Câmara dos Deputados apresentaram-se responsáveis por 67,51 % (sessenta e sete virgula cinquenta e um por cento) da autoria e os membros do Senado Federal corresponderam a 10,66% (dez virgula sessenta e seis por cento) dos mandados de segurança impetrados. Em análise comparativa, Falconi (2018) conclui pela correspondência entre os membros da respectiva casa, a considerar a disparidade dos números: ao dividirmos o total de ações pelo número de parlamentares – definindo-se um índice de “ação por parlamentar” – chega-se ao resultado paritário de 0,259 (131÷513) mandados de segurança por deputado, e de 0,259 (21÷81) mandados de segurança por senador, o que talvez indique um uso proporcional dos writs pelos membros de ambas as Casas.

---

<sup>67</sup> As duas legislaturas envolvem o lapso temporal entre 2011 – 2019.

Conforme já indicado anteriormente (TAYLOR; ROS, 2008), o autor encontrou dificuldade para o recorte eminentemente ideológico para análise da judicialização. Obviamente, considerando os anos das Reformas Trabalhista e Previdenciária destacaram-se pelo alto índice de acionamento, mas nem sempre tais dados possibilitam recortes conclusivos sobre a utilização do Poder Judiciário como esfera de continuação da deliberação política.

Em relação aos parâmetros utilizados pelos impetrantes 74% (setenta e quatro por cento) tem como fundamento a própria Constituição, de modo que a impugnação com base em leis infraconstitucionais e regimentos é bem menor.

Falconi (2018) identificou que praticamente todos os mandados de segurança requerem a concessão de liminares, e a mais ampla maioria é indeferida ou ocorre a perda do objeto, somando um total de 94% (noventa e quatro por cento), conforme já indicado apenas 6% (seis por cento) tiveram a liminar requerida e concedida.<sup>68</sup> Conforme os dados apresentados indicam, quantitativamente, uma tendência à contenção do Supremo Tribunal Federal no uso do mandado de segurança como mecanismo de intervenção no processo legislativo, o autor conclui o seguinte:

Devido à legitimidade irrestrita a qualquer parlamentar, as vantagens individuais advindas da impetração do mandado de segurança (seja a possibilidade de imposição da agenda política, seja a publicização de sua oposição à matéria) geram um aumento expressivo de intervencionismo judicial. Isso resulta numa transferência de poderes do Parlamento ao Judiciário, que se torna árbitro do processo legiferante e retira daquele Poder a autonomia em resolver suas questões no âmbito interno. Em outras palavras, essa estratégia tem a possibilidade de trazer ganhos individuais, mas em detrimento do coletivo, corporificado no Poder Legislativo. E o bem objeto de esgotamento é a independência do Congresso Nacional em autonomamente conformar o curso do processo legislativo efetivado em seu âmbito. (FALCONI, 2018, p. 118-119).

Falconi (2018) identifica como problemático o acionamento recorrente e crescente por parte dos membros do Congresso Nacional ao Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo que assinala que em sentido quantitativo as respostas indicam contenção por parte do Poder Judiciário.

Uma ressalva que precisa ser considerada é que o acionamento do Poder Judiciário não pode ser interpretado automaticamente como deslocamento do centro decisório, ou intervenção do mesmo, sendo necessário verificar quais respostas são oferecidas pelo órgão judicial, e quantitativamente as mesmas não se apresentaram elevadas, como também o uso

---

<sup>68</sup> Conforme será verificado, tal resultado será mais baixo na pesquisa agora em desenvolvimento, visto que a pesquisa jurisprudencial se restringiu a processos legislativos federais e atos normativos primários. (Art. 59; CF.88). (BRASIL, 1988).

que os atores fazem dessas respostas. Nesse ponto, os dados são igualmente relevantes, seja pelo provimento, improvimento ou perda do objeto do mandado de segurança.

O livro de Matheus Henrique dos Santos da Escossia (2019) tem enfoque sobre a ação dos atores de oposição ao governo no processo legislativo, destacando o conjunto de atos processuais que podem ser utilizados para obstruir o trâmite tais como votação nominal, obstrução, emendas parlamentares, pedidos de vista, requerimentos, entre outros. Nesse contexto, o autor analisa a eficácia da judicialização, apontando, segundo seu entendimento, que se trata da principal estratégia das minorias parlamentares na atual moldura institucional brasileira.

O autor recortou inicialmente 54 (cinquenta e quatro) acórdãos, sendo 23 (vinte e três) de período anterior a promulgação da Constituição Federal de 1988 e 31 (trinta e um) de período posterior a promulgação do referido documento. O questionamento básico do autor diz respeito à taxa de sucesso dessas ações junto ao Poder Judiciário, disso conclui que a judicialização não se apresenta um método eficaz para o exercício da oposição política pelas minorias (ESCOSSIA, 2019).

O autor considera que a dimensão temporal da judicialização pode ser uma conquista que justifique tal opção, o aspecto midiático, e a sinalização das preferências individuais dos membros do Supremo Tribunal Federal. Segundo o mesmo, os dados arrolados são indicativos de que apenas os dois últimos critérios apresentar-se-iam como pertinentes para o uso da judicialização da política pelas minorias parlamentares (ESCOSSIA, 2019).

Feitas essas observações sobre trabalhos que atualmente reconhecem a pertinência da análise do controle difuso para a compreensão das relações entre os Poderes, o capítulo será concluído destacando pesquisas que foram desenvolvidas a partir de novas modelagens teóricas para a compreensão do fenômeno.

Em relação ao tema diálogos constitucionais, de origem canadense, destaca-se a obra já citada de Sérgio Antonio Ferreira Victor (2015), como também o trabalho de Rodrigo Brandão (2019) denominado Supremacia Judicial versus Diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?

Conforme já exposto, o trabalho de Victor (2015) se utiliza do banco de dados de Thamy Pogrebinschi (2011) e o seu diagnóstico em larga medida converge com as conclusões da autora. O trabalho de Rodrigo Brandão (2019), em que pese seja de fôlego bibliográfico, não expõe com clareza qual a sua metodologia de análise das decisões judiciais, o que dificulta a compreensão das opções pela seleção das decisões e análise dos dados.

O aspecto positivo do modelo teórico dos diálogos institucionais é o afastamento da defesa incondicional da supremacia judicial, que a cada dia tem encontrado menos adeptos pelas dificuldades de sua justificação em um modelo democrático majoritarista, conforme já exposto. Um segundo aspecto positivo é o reconhecimento de que o exercício do controle de constitucionalidade é uma parte importante no processo de discussão, deliberação e definição sobre questões caras as democracias contemporâneas, ocorre que não se trata de uma fase definitiva a respeito desses temas. Conforme é de conhecimento, existem várias formas do Poder Legislativo, e também o Poder Executivo, responderem a decisões dessa natureza que sejam consideradas inadequadas, como aprovação de emendas constitucionais, reformas estatutárias, processos de responsabilidade contra ministros do Supremo Tribunal Federal, alterações orçamentárias, entre outras.

Assim, os dois trabalhos convergem em relação a uma perspectiva de viés normativo sobre as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, segundo os autores as teorias dialógicas possuem uma superioridade qualitativa em relação aos demais.

(...) a admissão da possibilidade de superação normativa de decisão de inconstitucionalidade da Suprema Corte não redundará, necessariamente, em um regime de supremacia parlamentar. Com efeito, se a Suprema Corte puder controlar a superioridade da norma que reverteu a sua decisão pretérita, a 'superação normativa' não representará a última palavra sobre a controvérsia constitucional. Ao contrário, poderá se estabelecer um diálogo institucional sobre a melhor forma de resolver-se uma questão constitucional controvertida, em que cada poder contribuirá com sua específica capacidade institucional. (BRANDÃO, 2019, p. 353).

Sem desconsiderar as muitas contribuições desse modelo teórico, a ressalva que se faz necessária para ficar registrada diz respeito a suposição de que o diálogo entre os poderes da República necessariamente será em acordo com a Constituição Federal de 1988.

Trata-se de uma possibilidade institucional? Sem dúvida, inclusive é uma expectativa legítima, todavia, para aqueles que se dedicam a análises mais céticas sobre o funcionamento das instituições sempre é pertinente apontar que tal possibilidade não é única ou exclusiva.

Conforme já apontamos no início desse trabalho, o recorte temporal selecionado tem sido analisado com muito cuidado, se ainda é cedo para análises peremptórias, ou para conclusões assertivas, nos parece possível indicar uma posição amplamente majoritária que os regimes democráticos contemporâneos não se encontram em seu melhor momento.

Aconteceram diálogos entre as instituições? Eles foram constitucionais? Ou, por outro lado, as relações interinstitucionais não foram suficientes para a manutenção e garantia de parâmetros mais elevados de funcionamento do regime democrático? São questionamentos que a suposição exclusiva de relações interinstitucionais dentro de uma perspectiva

qualificada de democracia não consegue responder, o que justifica a importância do desenvolvimento de metodologias de análise que reconheçam a fundamentação normativa das instituições, sem desconsiderar as muitas possibilidades interacionais entre as instituições, sejam elas compatíveis com a Constituição, ou não.

Um último e não menos importante registro precisa ser feito em relação ao debate em torno das ações que tem como fundamento da judicialização das matérias pertinentes ao regimento interno, seja da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1989) ou do Senado Federal (BRASIL, 1970), ou o Regimento Comum do Congresso Nacional (BRASIL, 1988b).

O tensionamento é por demais evidente, a organização legislativa interna de cada uma das casas e a possibilidade de sua análise a partir dos direitos fundamentais do processo previstos na Constituição Federal de 1988.

A posição amplamente majoritária na jurisprudência atual é pela não intervenção da análise jurisdicional do Supremo Tribunal Federal dos atos regimentais de cada uma das casas do Congresso Nacional, tais regras admitem excepcionalmente a possibilidade de análise jurisdicional destes atos desde que não ocorra uma invasão no mérito dos mesmos, e a análise judicial se restringe a parâmetros de legalidade, com base no direito fundamental de que o Poder Judiciário apreciará toda lesão ou ameaça de lesão a direito (ARAGÃO, 2013).

A principal questão é a interpretação dessas hipóteses, se mais extensivas em preponderância ao texto constitucional, ou se mais restritivas em preponderância ao princípio da separação dos poderes.

A situação ganha em complexidade em situações nas quais a interpretação dos regimentos internos é tensionada, colocando em questão a própria legitimidade de cada procedimento.

No Brasil recente ganhou destaque a denomina Era Cunha, marcada pela presença do Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Consentino da Cunha, entre fevereiro de 2015 até 07 de julho de 2016, situação na qual as interpretações feitas pela Presidência da casa eram consideradas heterodoxas.

Nesse contexto, a escola de Direito Constitucional da Universidade Federal de Minas Gerais há muito destaca a defesa de uma análise constitucional mais rigorosa sobre os atos regimentais. Nesse sentido, Thomas Bustamente e Evanilda Bustamente (2015) indicam o risco do Supremo Tribunal Federal ser passivista em situações nas quais a intervenção se fazia necessária, e ser ativista em relação a questões de mérito sobre os processos legislativos, sendo a combinação dessas duas possibilidades altamente deletérias para as relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, segundo os autores:

O passivismo enquanto recusa a uma defesa judicial do processo legislativo democrático e das regras que garantem a sua observância rigorosa representa uma proteção inadequada e insuficiente da formação da vontade popular e das formas legítimas da sua manifestação. Ao deixar de fiscalizar adequadamente garantir o cumprimento integral do processo legislativo democrático, a corte atua com negligência em seu papel de garantidor das condições democráticas necessárias para o bom funcionamento do Estado de Direito. De modo igualmente pernicioso, o ativismo, enquanto expansão exagerada da esfera de atuação do judiciário, que passa a se imiscuir em juízos políticos que não são próprios da atividade jurisdicional, é deficitário do ponto de vista democrático e contém o germe do autoritarismo que em outros tempos foi defendido sob a bandeira do jusnaturalismo. E sob a falaciosa noção de que a supremacia da constituição implicaria, do ponto de vista lógico, em supremacia judicial. (BUSTAMANTE, T.; BUSTAMANTE, E., 2015, p. 359).

Os exemplos de pacifismo procedimental indicado pelos autores e muito debatido foi julgamento da ADI 4425/2009, a respeito da aprovação da EC 62/2009, com o argumento de inconstitucionalidade formal pela votação das duas sessões de discussão e votação no mesmo dia, com resultado de improcedência, e o debate sobre o procedimento adotado pelo Presidente da Câmara dos Deputados para apresentação das emendas aglutinativas, por alegada violação ao Art. 60, parágrafo 5 da Constituição Federal de 1988, sendo esse último exemplo objeto bem mais discutido na literatura (SILVA; SOUZA, 2017).

Como exemplos de ativismo substancialista, os autores indicam as decisões judiciais proferidas nas ADI 4917, ADI 5017 e o MS 32033<sup>69</sup>, todas com liminares deferidas e apresentando como fundamentação argumentos de caráter substantivo.

No caso da ADI 4917, que tinha como objeto a Lei Ordinária nº 12.734/2012, que regulava a partilha do petróleo, a argumentação apresentada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro foi de caráter material, isso é, a violação ao pacto federativo, em sendo deferida a liminar ocorreu a suspensão de inúmeros artigos e o modelo do sistema de partilha defendido pela base do governo de Dilma Rouseff, sendo que passados 9 (nove) anos o mérito de tal ação ainda não foi julgado.

A ADI 5017 teve como objeto da EC 73/2013, que tratava da criação de novos tribunais regionais federais, tendo a liminar sido deferida no dia 17 de julho de 2013, concedida pelo Presidente durante o recesso do Supremo Tribunal Federal, com argumentação de inconstitucionalidade de várias ordens, formal e material, tais como vício de iniciativa, ausência de dotação orçamentárias e perda de autonomia por parte do Poder Judiciário, sendo que passado 8 (anos) o mérito de tal ação ainda não foi julgado.

E, por fim, o MS 32033 que tinha como objeto PL nº 4.470/2012 que tratava da possibilidade de migração dos quadros dos partidos políticos, a argumentação amplamente

---

<sup>69</sup> No próximo item vamos explicar os motivos de tão baixas referências aos mandados de segurança com pedidos deferidos, como também as dificuldades metodológicas para a incorporação das liminares no banco de dados.

baseada em inconstitucionalidades materiais, tais como violação de cláusula pétrea, obstrução do surgimento de novos partidos políticos, o remédio constitucional foi de relatoria do ministro Gilmar Mendes, que deferiu a liminar em 24 de abril de 2013 também com fundamento em inconstitucionalidades materiais, sendo a mesma cassada por decisão do plenário no período de 2 (dois) meses de vigência, posteriormente.

Segundo Bustamante, T. e Bustamante, E. (2015) e Silva e Souza (2017) essa ambivalência indicada, ora com uma posição de passivismo procedimental e ora com uma posição de ativismo substancialista, é um fator de instabilidade do regime político majoritário, dificultando assim o respeito aos postulados básicos da concepção de democracia representativa.

Se os casos acima indicados são, efetivamente, alarmantes, é preciso indicar que a análise quantitativa indica não apresentou uma incidência significativa da argumentação de inconstitucionalidade de atos regimentais como fundamento para a judicialização do processo legislativo, apenas a título de exemplo, entre os MS analisados em um montante de 113 (cento e treze), a partir dos filtros a seguir expostos, apenas 18 (dezoito) apresentavam uma argumentação na causa de pedir relacionada aos atos regimentais e nos quais o debate se desenvolveu em torno da denominada questão *interna corporis*.

Por outro lado, não se pode negar, que se nesses casos de ativismo substancialista supracitados a argumentação foi também de ordem material, do que apresentam maior amplitude interpretativa, o critério quantitativo não chega a ser um parâmetro adequado para esse tipo de análise.

O que se pode assinalar é que entre os 18 (dezoito) mandados de segurança que tiveram tal fundamentação, a mais ampla maioria foram julgados improvidos ou foram hipóteses de não decisão.

Além do mandado de segurança supracitado, destaca-se também o MS 34562-DF de 2017, que teve como fundamento a violação do regimento interno no trâmite de um processo legislativo de Lei Ordinária, e argumentação formal para a caracterização da violação do direito líquido e certo, com concessão de liminar pelo Ministro Luís Roberto Barroso e ratificação pelo relator Ministro Alexandre de Moraes. A ordem concedida tinha como conteúdo a obrigatoriedade da Mesa do Senado Federal decidir sobre recursos apresentados por senadores, sem haver registro do cumprimento da ordem pela respectiva casa legislativa.

Outro mandado de segurança que foi objeto de muito debate foi o MS 34530-DF, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, em 2016, que teve como objeto o projeto de lei ordinária das 10 medidas contra a corrupção, PL 4850, o mesmo teve como fundamento argumentos

formais, ilegitimidade de iniciativa para legislação sobre membros do Poder Judiciário, e argumentos materiais, referentes ao desvirtuamento do instituto da iniciativa popular das leis, sendo a ordem concedida de grande impacto ao determinar o retorno do projeto de lei para a Câmara dos Deputados e reanálise das emendas. Em 2017, antes da decisão em plenário, o Ministro Luiz Fux, considerando as manifestações das respectivas mesas das casas legislativas, decidiu pela extinção da ação sem julgamento de mérito.

Situação muito parecida ocorreu no MS 34907 em 2017, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, com alegação de não observância de deliberação sobre emenda pela Casa Iniciadora de emenda apresentada sobre o PLV 12/2017, no mesmo ano, o relator, considerando a prestação de informações pela respectiva casa, julgou extinto o processo sem análise do mérito.

O último caso, absolutamente idêntico, ocorreu no MS 36063, em 2018, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, sob alegação do direito do devido processo legislativo dos congressistas, em função da inserção de emendas sobre o PLC 73/2018 no Senado Federal, sem reapresentação das mesmas na casa iniciadora. Da mesma forma, em análise posterior as manifestações das respectivas mesas, a relatora extinguiu o processo sem análise do mérito.

As hipóteses de alegação de violação as normas regimentais com liminares deferidas são muito parecidas, sugerindo a consolidação de uma posição do órgão a respeito, acrescenta-se a isso que as hipóteses não se apresentam caracterizadas pela aleatoriedade. Em que pese a alegação de violação das normas regimentais, percebe-se que os ministros fundamentam suas decisões com base em violação na Constituição Federal de 1988, e com a manutenção do discurso de respeito a doutrina *interna corporis*. Releva-se, também, o grande poder concentrado na figura do relator nessas hipóteses, nas quais ele concede a liminar, e decide também monocraticamente pela extinção do feito sem análise do mérito pelo plenário.

Entre as ADIs, sob os mesmos critérios, foram localizadas 3 (três) nas quais a causa de pedir envolveu a denominada teoria dos atos *interna corporis*, sendo uma julgada não procedente, e duas com decisão de extinção sem análise do mérito.<sup>70</sup>

No presente tópico foram apresentadas pesquisas desenvolvidas no Brasil no período posterior a 1988 que direcionaram seus empreendimentos para a solução de questões caras ao presente trabalho, o critério de seleção foi a importância dessas pesquisas em determinado campo do conhecimento, isto é, o seu impacto junto à comunidade científica na formulação de

---

<sup>70</sup> Conforme será exposto no próximo tópico, os filtros consideraram o período entre 2011-2019, ações com decisões de mérito ou não decisões, exclusivamente processos legislativos federais sobre atos normativos primários. (Art. 59, da CF/88). (BRASIL, 1988a).



conceitos e modelos que foram considerados modelares, como também a proximidade do objeto de pesquisas com o presente trabalho, de modo que mesmo essas últimas não podendo serem consideradas seminais para a pesquisa, possuem relevância para o desenvolvimento desse campo de discussão.

No próximo capítulo será exposto a seleção, organização e análise dos dados sobre o recorte temporal proposto, com vistas à registrar o funcionamento das relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional no período entre 2011-2019.

### 3.2 MODELAGEM E ANÁLISE DOS DADOS

O trabalho desenvolvido situa-se no campo do neoinstitucionalismo, como opção para relacionar questões institucionais com o comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal, de modo a tal composição auxiliar nas análises interinstitucionais entre o órgão e o Congresso Nacional.

Foram apresentados dois aportes teóricos para auxiliar na compreensão das relações entre os dois poderes, os trabalhos de Martin Shapiro (1963, 1983, 1986, 1995, 2008) e sua proposta de análise que pela amplitude e propósito estaria mais próxima de uma Teoria Política do Direito, e o trabalho de Lee Epstein (2016) e a sua proposta de institucionalismo estratégico.

Nesse prisma, as decisões judiciais não seriam apenas a expressão das vontades e preferências dos julgadores, mas resultado de uma mediação nas quais as regras das instituições e as concepções compartilhadas pelos seus membros sobre o seu papel, são elementos a serem considerados no resultado das deliberações analisadas:

(...) um caminho promissor para pesquisas institucionais futuras é construir sobre os insights da análise de sistemas políticos, vinculando-os aos entendimentos constitutivos do direito e da política. Isso requer que os estudiosos vejam as escolhas judiciais não como atos discretos, mas sim como inseridos em um sistema institucional mais amplo ou regime político que dá significado aos componentes institucionais individuais. O que rotulamos de tal abordagem importa menos do que o reconhecimento de que compreender o significado político e a importância das decisões judiciais requer colocá-las nos contextos políticos apropriados. (CLAYTON, 1999, p. 39).

Conforme a trajetória desenvolvida, o esforço de aproximação entre as teorias normativas e a pesquisa empírica a seguir exposta teve como objetivo uma análise integrada do Poder Judiciário e o sistema político, considerando o comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal e a forma das instituições jurídicas, destacadamente, em seus aspectos processuais.

Com isso se pretendem descrever e registrar, para análise posterior, quais as características desse conjunto decisório, com vistas a tais dados servirem de base para a compreensão dos movimentos de aproximação, convergências, divergências e oposição entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional.

O que se pode verificar é que o propalado contramajoritarismo do Poder Judiciário em relação ao sistema político majoritário, Poder Legislativo e o Poder Executivo, não é uma hipótese que se sustenta na base de dados empíricos analisada. Isto, porque as acomodações institucionais entre estes poderes tendem mais a aproximação do que oposição, ou disputa, por poder político.

### **3.2.1 Desenho da pesquisa, banco de dados e variáveis**

Na presente pesquisa foi testada uma análise que considerou as seguintes variáveis independentes: tipo de controle de constitucionalidade (classe processual), turma julgadora, titularidade do Poder Executivo, ato normativo do processo legislativo judicializado, argumentação de inconstitucionalidade, se formal ou material. Todas relacionadas com as seguintes variáveis dependentes as não decisões que extinguem o processo sem análise de mérito, decisões sobre o trâmite do processo até uma análise de mérito, e os julgamentos de procedência e improcedência.

Segundo os resultados alcançados, a categoria dos atos normativos – que são objeto dos processos legislativos judicializados –, a classe processual (controle difuso/preventivo ou concentrado/repressivo), a argumentação de inconstitucionalidade utilizada e a turma envolvem temas com significância estatística nas decisões de judicialização dos processos legislativos federais. Alguns possuem convergência com a literatura e outros são inaugurais, como a argumentação utilizada nas ações judiciais, e a relação entre a espécie de processo legislativo judicializada e a decisão judicial (OLIVEIRA, 2017; SUNSTEIN *et al.*, 2006).

Conforme proposto, em acordo com a literatura já referida, os dados da ausência de informações disponíveis do Supremo Tribunal Federal em um número significativo de ações foi incidente da pesquisa que dificultou a integração de um número maior de ações judiciais no banco de dados referente a variável independente – argumentação de inconstitucionalidade –, pois se não existia a fundamentação da decisão, não era possível classificá-la como argumento de inconstitucionalidade formal ou material. Nas tabelas e gráficos que seguem, as ações judiciais nas quais não foi possível identificar o tipo de argumento utilizado pelos demandantes foi classificada sobre a nomenclatura de OUTROS.

O trabalho também destacou a figura das não decisões, que tem chamado atenção de pesquisadores no comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal, quando ações são extintas sem análise do mérito. Tal fenômeno pode ser interpretado como uma forma de convergência da cúpula do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo, pois o resultado prático é a manutenção da legislação impugnada no ordenamento jurídico nacional, decisão respeitante, portanto, ao sistema político majoritário. As hipóteses de sua incidência são bastante amplas na jurisprudência, sendo um elemento altamente ensejador ao seu efeito a passagem do tempo, trata-se do que José Mário Wanderley Gomes Neto denominou dos mistérios do tempo, destacando os efeitos da demora da decisão judicial para a indicação do momento mais oportuno para o órgão judicial extinguir a ação judicial sem análise do mérito. No caso do processo legislativo especial, tal situação demonstrou-se de forma bastante clara, visto que basta a mudança das fases do processo legislativo para que a respectiva ação judicial seja declarada extinta sem análise do mérito (GOMES NETO *et al.*, 2017; LIMA; GOMES NETO, 2018).

Será iniciada a presente exposição dos dados e análises explicando as opções metodológicas que justificam o desenho investigativo implementado.

A produção científica do Direito no Brasil tem se aproximado da pesquisa empírica de forma vigorosa na última década (MACHADO, 2017). Sobre essa diretriz e opção importa destacar que a decisão sobre os dados que serão coletados, entre estes, quais serão selecionados como indicadores, qual a sua forma de coleta e organização, são cruciais para o melhor aproveitamento do trabalho desenvolvido. Isto porque é necessário se evitar perigos no desenvolvimento da pesquisa empírica sem critérios, dos quais destacam-se os seguintes riscos:

**Análises generalistas sobre processos selecionados, que podem possuir vícios de amostragem:** Nesta situação ocorre a seleção das decisões judiciais com uma característica específica, por exemplo, decisões de procedência, sem o dimensionamento adequado destas decisões no contexto da produção do tribunal, o que pode induzir o analista a supor como genérica uma tendência que é diminuta, ou não proporcionalmente relevante, na produção do tribunal.

**Coleta de dados sem aprofundamento teórico, uma tendência marcante em ciências sociais com pouca tradição de estudos metodológicos, sobretudo em relação a utilização de métodos empíricos:** Neste tipo de equívoco, a coleta de dados não é desenvolvida a partir de um referencial teórico claro, do que resulta um acúmulo de dados com baixo potencial explicativo e analítico.

**Análises teóricas sobre o funcionamento das instituições sem dados empíricos:**

Trata-se de uma tendência inversa ao fenômeno anterior, e não relacionada a pesquisas conceituais ou bibliográficas de qualidade. Verifica-se tal risco quando o analista faz uma transposição dos estudos teóricos para uma análise do fenômeno social sem explicitar qual a sua metodologia de obtenção e coleta de dados, elaboração de implicações observáveis e as conclusões possíveis a partir deste conjunto.

Além da análise empírica, também optou-se pelo quantitativismo como critério de observação das relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, tal opção não desconsidera absolutamente o potencial de pesquisas qualitativas, pelo contrário, compartilha-se da posição de Mahoney e Goerts (2006), segundo a qual não existe hierarquia entre o quantitativismo e o qualitativismo, mas sim desenhos distintos que possibilitam também resultados distintos.

O esforço empreendido encontra-se na indicação de que as pesquisas em ciência jurídicas no Brasil têm avançado e podem avançar ainda mais no desenvolvimento de aportes metodológicos para a compreensão do funcionamento das instituições, na busca por uma maior proximidade entre as teorias normativas e as análises empíricas para a compreensão interinstitucional dos poderes selecionados. Nesse sentido, além do objetivo de organização de um banco de dados com todas as decisões, a pesquisa também visou o estabelecimento de possíveis nexos de causalidade entre as variáveis independentes e o comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal no período recortado.

Um risco do quantitativismo é a expectativa do observador em relação aos resultados, tal como em trabalhos como de Pogrebinschi (2011), que limitam a análise a questões numéricas, nesse sentido, caso número das ADIs julgadas procedentes seja baixo em relação ao total de ações peticionadas, isso seria um indicativo de um comportamento de autocontenção por parte do Supremo Tribunal Federal, considera-se que tal análise não pode se restringir a questões numéricas, por dois argumentos: a presunção de constitucionalidade, que tem como elemento a expectativa de que a lei seja constitucional, como também análises que indicam um necessário cuidado do Poder Judiciário em relação a declarações de inconstitucionalidade em quantidade que coloquem em debate explícito a sua legitimidade e o seu poder político para tal, isso é, existe um componente político do controle de constitucionalidade que não se reduz a números e tabelas, e que precisa ser considerado na análise sobre e entre as instituições (BARBOSA, 2015).

Em sentido inverso, na produção científica do Direito brasileiro tem se tornado comum encontrar trabalhos, muitos influenciados pela perspectiva de Ran Hirschl (2013) e do

difundido conceito de juristocracia, que indicam o empoderamento do Poder Judiciário como um fenômeno contemporâneo, mas que tendem a desconsiderar que esse poder não funciona sozinho no sistema político, muito menos seus membros ignoram que o Poder Executivo e o Poder Legislativo possuem um papel relevante na definição da amplitude das atribuições de cada poder (REGO, 2018; VIEIRA, 2008).

Tal observação não significa desconsiderar toda a projeção ocorrida em relação ao Poder Judiciário nos Estados contemporâneos, e o seu inegável fortalecimento institucional, apenas faz a ressalva que tal engrandecimento não pode ser confundido com um protagonismo *a priori*, ou sem nenhum tipo de limites. Isso porque a expansão do Poder Judiciário dificilmente poderá ser depurada sem pesquisa empírica, nas quais as opções metodológicas sejam explicitadas e devidamente justificadas.

Assim, considera-se que as análises sobre o Poder Judiciário podem cometer dois tipos de equívocos, que precisam ser evitadas: I. As análises muito presentes na produção científica da década de 90 no Brasil, que indicavam o Poder Judiciário como protagonista do aperfeiçoamento institucional brasileiro e da qualidade da sua democracia; II. Análises mais recentes no campo do Direito, muito influenciadas pelo trabalho de Han Hirschl, que tendem a conceber o Poder Judiciário de forma maximizada, sem considerar adequadamente que tal Poder não funciona de forma isolada no Estado contemporâneo, ou que desconsidera nuances na sua forma de atuação em relação ao sistema político por excelência, o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Ao que tudo indica, a análise fica mais acurada quando se concebe os três poderes compartilhando espaços de decisão, justapondo-se e, muitas vezes, convergindo entre si, ou divergindo em situações esporádicas, ao invés de perspectivas apriorísticas de ações contramajoritárias desmedidas, ou uma expansão sem limites do Poder Judiciário, como se esse fosse o único poder na atuação no sistema político brasileiro pós-1988, tais perspectivas apresentam-se limitadas. Nesse ponto, é importante lembrar, que o Poder Judiciário não funciona em um vácuo institucional e político.

Assim, uma das propostas do presente trabalho é a mudança de perspectiva na análise do funcionamento do Poder Judiciário em relação ao sistema político. Tal alteração soluciona inúmeras questões que surgem por expectativas exageradas sobre a função contramajoritária do Poder Judiciário, ainda que, inegavelmente, seja responsável pelo surgimento de outras questões igualmente importantes.

Por outro lado, deve-se também evitar a interpretação do Poder Judiciário como uma instituição indistinta do Poder Legislativo e do Poder Executivo, o reconhecimento de que

existe uma relação de convergência como sistema político majoritário deve ser concebido como pressuposto para se evitar análises insulares desse órgão, mas sem excluir suas características institucionais.

Por fim, uma ressalva precisa ser feita sobre o debate se as pesquisas a respeito do Poder Judiciário devem focar a instituição, ou os seus membros. Em que pese tais questões não sejam frequentes nas pesquisas jurídicas, considera-se que a expressão dessas opções pode contribuir para uma maior clareza no desenho da pesquisa.

Conforme já apresentado, destaca-se que a proposta do neoinstitucionalismo é uma solução adequada para esses dilemas estabelecidos entre comportamentalismo e institucionalismo, porque analisa as instituições como um conjunto de possibilidades e limites jurídicos e políticos aos atores, mas não desconsidera que as características pessoais dos seus integrantes são elementos a serem considerados na análise.

Em relação ao lapso temporal selecionado (2011-2019), importa destacar que se trata de um período de grande turbulência institucional e política no Brasil, no qual se presenciou um aumento do tensionamento das relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, sobretudo no que diz respeito a congressistas processados penalmente, a denominada Era Cunha (2015-2016), o problemático afastamento da chefe do Poder Executivo Dilma Rousseff, a curta e intensa gestão de Michel Temer, marcada pela propositura de duas grandes reformas legislativas, a Reforma da Previdência e a Reforma Trabalhista, a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro, pela primeira vez desde 1988, e a ascensão à Presidência da República de Jair Messias Bolsonaro.

Assim, a pesquisa jurisprudencial funcionou como uma espécie de termómetro do ambiente jurídico e político do Brasil, que teve na última década a confluência de dois fatores relevantes, a atuação mais marcante do Poder Judiciário em relação ao sistema político majoritário, e o debatido fim do período denominado de nova República, iniciado em 1988.

Na medida em que essas grandes mudanças foram implementadas, aumentou o acionamento do Poder Judiciário, destacadamente, o Supremo Tribunal Federal, sendo o comportamento decisório dos seus ministros, seja mais expansivo ou mais autocontido, uma importante fonte de análise sobre o seu papel institucional e suas relações com o Poder Legislativo.

### 3.2.2 Sobre a pesquisa empírica com o uso da inteligência artificial

A pesquisa utilizou o software *R-Studio*, que possibilita a coleta, seleção, leitura automatizada de um grande número de ações judiciais, além do desenvolvimento de relações probabilísticas entre esses resultados: “O Sistema R é um software típico do uso estatístico porque sua execução depende de comandos e funções oriundas de equações econométricas, entretanto, é fortemente aplicável em áreas específicas de estudo diferentes da originária, como nas ciências jurídicas” (ANDRADE, 2018, p. 681).

Em que pese todo o potencial do programa, a leitura exclusivamente automatizada se demonstrou insuficiente para compreensão do material, sendo imprescindível a leitura humana como elemento de depuração dos dados, para superar a variação terminológica dos ministros do Supremo Tribunal Federal, como também a percepção de detalhes que a leitura automatizada não conseguiu destacar. A leitura humana demonstrou-se de grande valia para o empreendimento, sendo reveladora de utilizações argumentativas da reivindicação da intervenção judicial em situações, inclusive, inusitadas.

No âmbito das pesquisas empíricas nas ciências jurídicas, há que se considerar três fases para um melhor aproveitamento dos dados obtidos. Na lição de Epstein e Martin (2014), as fases são as seguintes: (1) desenhar nosso projeto, (2) coletar e codificar dados e (3) analisar os dados.

Na elaboração do desenho do banco de dados é relevante diferenciar dados de indicadores, se todos os elementos verificáveis podem ser considerados como dados, os indicadores são aqueles conjuntos de dados com maior potencial para a compreensão do fenômeno estudado e precisam ter como referência o problema da pesquisa. Neste ponto, para o presente projeto em desenvolvimento, a definição dos indicadores é absolutamente nuclear.

A coleta e codificação dos dados precisa ser desenvolvida sob uma clareza de critérios a ponto de que a pesquisa possa ser repetida, com vistas a sua correção metodológica, e replicada em temas correlatos ou convergentes.

A análise deste banco de dados a partir dos aportes teóricos desenvolvidos terá nos critérios de formulação das fases anteriores seu principal elemento de fundamentação e crítica. Assim, serão apresentados os indicadores que são componentes da análise que será exposta.

Na análise do banco de dados formados, os indicadores serão elaborados a partir dos critérios expostos a seguir.

#### **Variáveis independentes:**

a) Quanto ao tipo de controle de constitucionalidade (classe processual) utilizado, se difuso/preventivo ou concentrado/repressivo;<sup>71</sup>

b) Em relação ao tema do processo legislativo, se é possível indicar que o tema dos direitos sociais tem inferência no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal em resposta à essas demandas de judicialização da política;

c) Em relação a natureza jurídica da causa de pedir: se ofensa formal (procedimental) ou material à Constituição Federal de 1988, resultando no recorte da argumentação de inconstitucionalidade: FeM, ou apenas Formal, ou apenas Material.

d) Temporal a depender da chefia do Poder Executivo, separando entre o governo de Dilma Rousseff do Partido dos Trabalhadores (2011-2016); governo de Michel Temer do PMDB (2016-2018) e governo de Jair Messias Bolsonaro sem partido (2019).

e) Por turma - Primeira e segunda turma;

f) Atos normativos dos processos legislativos judicializados.

**E como variáveis dependentes:**

a) Decisão pelo trâmite processual até o mérito e não-decisão com extinção do processo sem análise do mérito;

b) Resultado da decisão de mérito - Procedente e improcedente.

Aplicados os filtros chegou-se ao seguinte resultado descritivo:<sup>72</sup>

Quadro 3 – Relação entre classe processual e número de ações judiciais

CLASSE PROCESSUAL	NÚMERO
ADI	242
MS	113

Fonte: elaborado pelo autor.

A seleção das variáveis independentes considerou o percurso das pesquisas científicas sobre o Poder Judiciário, conforme destacado nos capítulos anteriores, como também, e sobretudo, as questões teóricas apresentadas no decorrer do trabalho. A expectativa, assim, foi pelo delineamento de uma relação entre as questões da Teoria da Constituição apresentadas na

<sup>71</sup> Ao considerar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já indicada a respeito das possibilidades de intervenção do Poder Judiciário no trâmite do processo legislativo federal, será realizada uma concatenação entre o controle de constitucionalidade difuso com a sua classificação em relação ao momento do seu exercício, de modo a compor o binômio difuso/repressivo, e o controle de constitucionalidade concentrado e o momento do seu exercício na modalidade repressiva, de modo a compor o binômio concentrado/repressivo.

<sup>72</sup> Em relação ao número, vale destacar que o banco de dados do Supremo Tribunal Federal possui um doc-id por incidente processual, o resultado é que existe um grande número de ações que não tratam do mérito, ou da cautelar, mas sim de questões que não foram objeto da presente pesquisa, como pedidos de participação do processo como amici curi, e incidentes de toda ordem.



relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo e as variáveis independentes selecionadas para a pesquisa empírica.

Este objetivo justifica a integração da pesquisa empírica das decisões proferidas em controle concentrado/repressivo e controle difuso/preventivo de constitucionalidade, a saber, dada a singularidade do modelo brasileiro, que se não é o único, não possui um número alto de similares pelo mundo, os resultados empíricos deste desenho possuem muito potencial a respeito do funcionamento do sistema justaposto, do que já é possível indicar que os resultados em cada um destes sistemas apresentaram diferenças quantitativas significativas.

No mesmo sentido foi o esforço de seleção dos processos legislativos judicializados que possuem como tema os direitos sociais, se já existe literatura que indica essa temática como desencadeadora de um maior conflito político e conseqüentemente maior judicialização (GAURI, BRINKS, 2008; TAYLOR, 2008), na pesquisa ora exposta buscou-se verificar se tal temática apresenta inferência quantitativa relevante no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Na compreensão desta pesquisa, tais critérios permitiriam analisar as decisões do órgão sobre temas estruturais do Estado de Bem-Estar Social, tal como o modelo instituído em 1988. Conforme será demonstrado nas páginas seguintes, tal hipótese foi considerada não verificada na base empírica da pesquisa.

E neste aspecto é necessário fazer duas distinções. A primeira diz respeito ao objeto da judicialização, processos legislativos sobre direitos sociais e a sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, que precisam ser diferenciados das ações judiciais que requerem a execução de políticas públicas sobre os direitos sociais, pois tratam-se de causas de pedir distintas. A segunda distinção a ser feita é a amplitude de cada uma dessas decisões judiciais, por exemplo, uma decisão sobre o processo legislativo da Reforma Trabalhista tem uma repercussão muito maior e estrutural para o Estado e a Sociedade do que uma decisão para garantir o acesso ao medicamento de um indivíduo especificamente.

Em relação a classificação da significância do argumento de inconstitucionalidade, formal ou material, no processo decisório do Supremo Tribunal Federal, tal opção considerou a organização tópica dos parâmetros constitucionais utilizados, os enunciados dos próprios ministros, que comumente classificam os argumentos, e, sobretudo, a amplitude da discricionariedade que o argumento enseja.

O pressuposto inicial foi que, em regra, os argumentos formais possuem menor amplitude de discricionariedade para os julgadores do que os argumentos materiais, e que isso precisa ser levado em consideração na análise do comportamento decisório dos membros do Poder Judiciário. Nesse ponto, é importante lembrar a categoria utilizada por Herman

Pritchett para classificar os *easy cases* (OLIVEIRA, 2011), no sentido de reconhecer que os parâmetros de inconstitucionalidade podem variar a depender da sua fundamentação. Assim, sugere-se que argumentos formais são caracterizados por uma menor amplitude discricionária junto ao órgão julgador do que argumentos com fundamentos em inconstitucionalidade material, tais hipóteses se verificaram nos resultados do trabalho, tanto em relação a maior probabilidade de extinção dos processos com argumentos apenas formais sem análise do mérito, como também, e por outro lado, como maior probabilidade de ações procedentes entre aquelas que chegam até uma análise de mérito com argumentos exclusivamente de inconstitucionalidade formal. A sugestão desta pesquisa é que o argumento formal é de mais clara identificação pelo julgador, o que indica de forma mais segura a sua impossibilidade de trâmite, como também a sua procedência entre as ações que chegam até a análise de mérito.

Com isso, se pretende indicar que nas pesquisas sobre o Poder Judiciário, a diferenciação entre os *hard cases* e os *easy cases* pode ser contributiva para a compreensão da performance dos tribunais, como também para a análises sobre decisões mais expansivas dos respectivos órgãos.

Assim, um argumento formal que impugna projeto de lei sobre o funcionalismo público apresentado com vício de iniciativa por Deputado Federal ou Senador possui uma margem decisória estreita para os julgadores. Por outro lado, um argumento que impugna a norma com base em violação material à Constituição, por exemplo, o direito à igualdade, separação dos poderes, ou dignidade da pessoa humana, pela própria natureza do instituto possui maior amplitude decisória aos julgadores, sobretudo, pela dificuldade de definição a priori desses conceitos.

Um outro aspecto a ser considerado é que os argumentos, exclusivamente materiais, têm maior chance de tramitarem até uma decisão de mérito, por outro lado, feita esta primeira seleção, estas ações apresentaram uma menor chance de procedência do que os argumentos formais. A nossa sugestão é que os argumentos materiais podem ser considerados de definição mais complexa, do que resultaria a maior probabilidade do seu trâmite, mas não se apresentam quantitativamente relevantes para a obtenção de decisões de mérito, se comparados com argumentos formais.

A tentativa de relacionar os argumentos de inconstitucionalidade com a decisão judicial pode servir para identificar os denominados *easy cases*, marcantes em argumentos formais, e segundo para registrar se é possível verificar quais argumentos são mais suscetíveis de deferimento junto ao Supremo Tribunal Federal se formais ou materiais, como também

fazer esse recorte em relação ao controle de constitucionalidade, se difuso, ou concentrado. Conforme será apresentado no presente tópico.

No que diz respeito às relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, importa recortar as análises de Martin Shapiro para o qual a margem de amplitude decisória pertencente a cada instituto jurídico é elemento para a compreensão das possibilidades de sua utilização no exercício da jurisprudência política pelo Poder Judiciário (GILLMAN, 2004; KRITZER, 2003; SHAPIRO, 1966).

Com esta formulação pretende-se relacionar o desenho da pesquisa com o *legal model/western model* (SHAPIRO, 1986), que é bastante influente na formação dos profissionais que atuam no campo do Direito no Brasil. Certamente, não se trata de supor que o ordenamento jurídico codificado seria passível de apresentar todas as respostas às demandas submetidas ao Poder Judiciário, por outro lado, a literatura neoinstitucionalista possibilita identificar que a existência de um conjunto de normas previamente estabelecidas a partir de critérios objetivos tem impacto no comportamento decisório dos julgadores, seja individualmente ou coletivamente. Por exemplo, suponha-se uma hipótese na qual a judicialização tem como fundamento o argumento formal de não observância no processo legislativo de um quórum previsto de forma expressa e objetiva na Constituição Federal de 1988, neste caso, decidir contrariamente ao que está expressamente definido de forma objetiva na norma jurídica é mais custoso ao julgador do que acompanhar o texto expresso da lei.

A Constituição Federal de 1988 apresenta-se como um campo extenso para análises sobre a relação entre argumentos de inconstitucionalidade formal e argumentos de inconstitucionalidade material, seja em relação a apropriação destes discursos por parte dos atores que demandam junto ao Supremo Tribunal Federal, seja em relação ao impacto quantitativo desses argumentos no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal, tal qual é desenvolvido no presente trabalho.

Os resultados expostos a seguir possibilitam afirmar que a depender do argumento de inconstitucionalidade utilizado pelos demandantes é possível indicar diferenças quantitativas no comportamento decisório, tanto em relação a decisões sobre o trâmite das ações judiciais até uma análise de mérito, como também em relação aos julgamentos de procedência e de improcedência. Desta forma, retoma-se que os argumentos de inconstitucionalidade material apresentaram maior probabilidade de decisões pelo seu trâmite até uma análise de mérito, mas um índice maior de decisões de improcedência, por outro lado, argumentos exclusivamente formais apresentaram um menor índice de decisões pelo trâmite até uma decisão de mérito,

mas, entre aquelas ações judiciais com base em argumentos exclusivamente formais que chegaram até uma análise de mérito, eles apresentaram uma maior chance de decisões procedentes.

A pesquisa sobre o tipo de inconstitucionalidade submetido ao Supremo Tribunal Federal, se formal ou material, foi deveras difícil<sup>73</sup>, em relação a fonte dos dados semiestruturados, que se encontra no sítio do Supremo Tribunal Federal a seguir apresentados.

Inicialmente, o acesso aos dados produzidos pelo Supremo Tribunal Federal possui nítida função de propiciar aos profissionais da área do Direito o conhecimento e acesso às decisões do Tribunal. Tal fenômeno ocorreu a partir da digitalização dos arquivos e o desenvolvimento do processo eletrônico, que ganhou força a partir de 2007.

Nesse ponto é necessário diferenciar um banco de dados para consultas profissionais de um banco de dados para pesquisa, por exemplo, não existe por parte do Supremo Tribunal Federal uma uniformização terminológica em relação aos temas, de modo a dificultar análises automatizadas de um conjunto de processos judiciais.

O desenvolvimento de softwares de arquivo e leitura automatizada de dados tem crescido nos últimos anos, e tal influência também é perceptível no âmbito das Ciências Sociais, todavia, conforme assinalado, o aumento da disponibilidade de dados não pode ser concebido como sinônimo de material adequado para análise científica.

Assim, comumente os pesquisadores se utilizam dos dados dispostos no site do Supremo Tribunal Federal como fonte para elaboração de um banco de dados desenhado especificamente para cada pesquisa, nesse sentido destacam-se os trabalhos de Jeferson Mariano da Silva (2016), Rodrigo Martins (2018), Livia Pitelli Zamarian Houais (2019), e outros. Tal também foi a opção na presente pesquisa, que contou com a imprescindível assessoria do pesquisador em jurimetria José de Jesus Filho (2017).

O trabalho de coleta das decisões judiciais e sua depuração para contagem no banco de dados apresenta-se de maior relevância, pois a utilização direta do sítio do Supremo Tribunal Federal para análises quantitativas pode excluir um número significativo de ações relevantes, ou incluir resultados não diretamente relacionados ao objetivo da pesquisa.

A análise de viabilidade visa verificar se os dados de interesse existem e, se existem, se são coletáveis. Se podem ser coletados, verifica-se qual a qualidade desses dados. Uma

---

<sup>73</sup> O aplicativo desenvolvido para a pesquisa foi instalado no seguinte endereço eletrônico <https://direito.consudata.com.br/shiny/samuel2/>. E, posteriormente, ficará disponível no site [https://github.com/consudata/tese\\_samuel](https://github.com/consudata/tese_samuel).

busca por ações nas classes processuais escolhidas indicou que havia um número significativo de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) e de Mandado de Segurança (MS) para questionar a constitucionalidade de projetos legislativos em trâmite. Embora essa análise não assegure a consecução do projeto, ela é importante para tomar uma decisão acerca da sua continuidade.

Um ponto de complexidade diz respeito a ausência de critérios claros sobre a composição do banco de dados do Supremo Tribunal Federal, Livia P. Zamarian Houaiss (2019) comprova como no decorrer do tempo, a base de dados do site do Tribunal é alterada, de modo que o pesquisador pode chegar a resultados distintos, mesmo que use como referência o mesmo lapso temporal e os mesmos temas, visto que a inserção de processos e decisões no sítio do Supremo Tribunal Federal não observa parâmetros que são publicizados de forma objetiva:

Investigando-se a organização do Supremo, através de seu manual próprio (STF, 2014), verifica-se que esse trabalho todo de classificação dos acórdãos é realizado pela Coordenadoria de Análise de Jurisprudência (COAJ)<sup>185</sup>, através da Seção de Acórdãos Sucessivos, que faz a triagem dos acórdãos publicados no Diário de Justiça e determina se são matérias idênticas, quando são incluídos como sucessivos, ou matéria novas a serem indexadas, quando então são encaminhados para a Seção de Análise de Acórdão. Assim, os acórdãos classificados com “sucessivos” não seriam indexados no banco de dados, mas tão somente têm seus números indicados nos acórdãos principais. Isto quer dizer, que o resultado de uma pesquisa no banco de jurisprudência eletrônico não pode ser utilizado como dado quantitativo exato, censitário, sobre as decisões da Corte. (HOUAISS, 2019, p. 147-148).

A opção no presente tópico foi de dispor o desenvolvimento da organização dos dados na medida em que os mesmos foram produzidos. Se tratando de pesquisa empírica é importante deixar claro que nem sempre o pesquisador sabe de antemão qual a viabilidade do recorte que o mesmo propõe.

O propósito da pesquisa empírica foi analisar os processos legislativos em trâmite no Congresso Nacional, que foram submetidos ao crivo do Supremo Tribunal Federal via Mandado De Segurança (MS) ou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a fim de verificar se há elementos objetivos e subjetivos que permitem identificar maior influência no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, é necessário indicar dois pontos que parecem relevantes no desenho da presente pesquisa, o primeiro diz respeito a integração comparativa entre as decisões em sede de controle difuso/preventivo, via Mandados de Segurança, e as decisões em controle concentrado/repressivo via Ações Direta de Inconstitucionalidade.

Há ainda uma segunda característica que diz respeito a composição de duas variáveis dependentes que incidem sobre momentos distintos da ação judicial. A primeira referente a decisão de extinção do processo sem análise do mérito, e entre as ações restantes, a segunda referente as decisões de procedência e improcedência.

A questão colocada por este tipo de formulação diz respeito aos dados censurados nas ações judiciais, referindo-se aqueles dados que não são aleatórios, mas que não compõe universo final da análise probabilística.

Um desafio que a pesquisa se deparou, portanto, foi como equacionar estes dois grupos que se encontram em inegável relação, visto que a sua análise de forma estanque e separada comprometeria inegavelmente os resultados. Com isso, decidiu-se pela aplicação do *Heckman model* que visa corrigir problemas de seleção de amostragem, compondo os dados a partir de dois estágios que se encontram relacionados, conforme será exposto a seguir.

Considera-se que a grande contribuição deste modelo é a integração dos dados censurados na análise, de modo a corrigir eventuais tendências de maximização dos dados obtidos e minimização daquelas ações que não chegaram à uma decisão de mérito.

No presente caso, trata-se de uma questão fulcral, pois como já indicado nesta pesquisa, uma ação de controle de constitucionalidade extinta sem análise do mérito resulta na manutenção desta legislação no ordenamento jurídico pátrio, sendo tal fato relevante para as análises entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

Importa informar que não é usado como referência apenas os processos disponibilizados no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), mas sim toda a busca de processo passível de ser localizada a partir do ID, que é referência de identificação dos processos eletrônicos, estejam eles, ou não, publicados no sitio do Supremo Tribunal Federal.

Para a coleta dos dados processuais do STF foi utilizada a técnica de raspagem de dados (*webscraping*) por meio do ambiente de programação R (R Core Team 2021) e o pacote de funções STF (FILHO, 2021), construído para coletar, organizar, limpar e transformar os dados processuais do Supremo Tribunal Federal.

O STF não disponibiliza todas as decisões na busca jurisprudencial, para baixar todos os dados, foi necessário encontrar um número identificador (incidente) e baixar todas os processos para posteriormente realizar os filtros.

Inicialmente, foram baixados todos os dados processuais de capa das ADIs e dos MSs, bem como, o inteiro teor das decisões. O Quadro 4 mostra os dados que foram baixados:

Quadro 4 – Dados de capa coletados dos processos do STF

Coluna	Descrição
doc_id	Identificação do documento do inteiro teor
incidente	Identificador do processo
data_julgamento	Data da decisão
classe	Classe processual
numero	Número do processo
numero_unico	Número do processo conforme tabelas processuais unificadas do CNJ
relator_atual	Relator no ato da decisão
assunto1	Três principais assuntos
assunto2	Três assuntos secundários
assunto3	Três assuntos terciários
data_protocolo	Data entrada do processo no STF
orgao_origem	Tribunal de origem
origem	Unidade federativa do tribunal de origem
numero_origem	Número do processo no tribunal de origem
procedencia	Último tribunal antes de alcançar o STF ou o próprio STF
parte	Nomes das partes do processo
julgado	Inteiro teor da decisão

Fonte: elaborado pelo autor.

Por fim, e concluindo a apresentação dos limites das análises quantitativas no banco de dados do Supremo Tribunal Federal, é necessário lembrar as múltiplas formas pelas quais o Supremo Tribunal Federal se pronuncia, sendo que não raras vezes, as decisões são divergentes entre si, a saber: (I) o Plenário, (II) as duas Turmas e (III) as decisões monocráticas. No presente trabalho não foi possível fazer um recorte claro em relação a essas possibilidades, ainda que seja inegável as diferenças de pronunciamentos.

Ao considerar os elementos desenvolvidos no primeiro capítulo, se optou por enfatizar a temática envolvendo os direitos sociais como um campo de análise específico. Assim, os processos legislativos que envolviam os direitos sociais foram agrupados como uma variável única de análise, sejam os direitos sociais propriamente ditos, ou temas correlatos a intervenção do Estado na economia que pudessem fazer parte do debate congressional envolvendo os institutos típicos do Estado de Bem-Estar Social.

Assim, durante a leitura das decisões judiciais, com os dados mais específicos que serão apresentados abaixo, percebeu-se que a temática “direitos sociais – DS” se apresentava com muita frequência como um elemento desencadeador da judicialização da política, conforme já reconhecido pela literatura citada. Com o objetivo de potencializar a compreensão da variável – temática dos direitos sociais no processo legislativo – e o seu impacto no trâmite processual até uma análise de mérito, ou decisões pela extinção sem análise do mérito, se decidiu por criar uma variável que envolveria várias outros temas

correlatos, assim, a sigla DS – Direitos Sociais serviu como forma de aglutinação de todos os processos legislativos que envolvessem processos legislativos com temáticas como Direito do Trabalho, Reforma Trabalhista – RT, Reforma da Previdência – RP, o Novo Código Florestal – NCF, a repartição dos Royalties do Petróleo – Roy, saneamento básico – SB, entre outros.

É importante destacar que o site do Supremo Tribunal traz uma classificação do tema que é objeto do respectivo processo, tais como: I. Direito Administrativo e Direito Público; II. Direito Processual Civil e do Trabalho; III. Direito do Trabalho; IV. Direito Eleitoral e Processo eleitoral; V. Direito Civil; VI. Direito Penal e Processo Penal; VII, Direito Tributário; VIII. Direito processual civil e processo do trabalho; VIII. Outros assuntos.

Ocorre que essa classificação é feita sem muito critério e é comum que assuntos dispares estejam aglutinados no mesmo grupo, ou assuntos semelhantes estejam em grupos separados.

No presente trabalho a ação coordenada entre a leitura automatizada e a leitura humana, como também o seu problema e a sua hipótese, indicaram a pertinência de reorganização desses grupos, com a redução do seu número e com a criação de um grupo específico, de modo que a disposição das decisões foi a seguinte:

**Grupo I. Direito do Estado** – Envolvendo Direito Administrativo e Direito Público, Direito Tributário, Direito Eleitoral e Direito Penal e Processo Penal;

**Grupo II. Direito Processual:** Direito Processual Civil e do Trabalho;

**Grupo III. Assuntos diversos:** Direito Civil, Direito da Criança e do Adolescente, outros;

**Grupo IV. Direitos Sociais:** Envolvendo todos os casos classificados no sítio do Supremo Tribunal Federal como Direito Trabalho, mais o acréscimo daqueles classificados na leitura humana como Reforma Trabalhista – RT; Reforma da Previdência – RP; Royalties do Petróleo– Roy; Novo Código Florestal – NCF e Saneamento básico – SB.

A seguir serão expostos elementos descritivos do banco de dados, para depois serem apresentadas as análises inferenciais para fins exploratórios. A opção de exposição descritiva levou em consideração as variáveis independentes que demonstraram maior significância estatística na disposição que será feita posteriormente, na seguinte sequência, atos normativos, argumentação de inconstitucionalidade, relatoria, chefia do executivo, e, posteriormente, os dados que apresentaram menor significância, como o tema do processo legislativo – direitos sociais.

Inicialmente serão expostos os dados obtidos referentes aos atos normativos. A discussão possível a partir dessas informações é porque os atos normativos possuem trâmite



processual distinto, com diferenças em relação a fases processuais, quóruns, e com isso é possível questionar se existe uma relação entre a maior dificuldade do trâmite processual e o comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Quadro 5 – Julgados conforme o ato normativo, o seguimento do trâmite do processo e percentual

<b>ATO NORMATIVO</b>	<b>SEGUIMENTO</b>	<b>PERCENTUAL</b>
Ato (administrativo) ordinário	Decisão	2,9 %
Ato (administrativo) ordinário	Não decisão	97,1 %
Decreto legislativo	Decisão	28,6 %
Decreto legislativo	Não decisão	71,4 %
Emenda constitucional	Decisão	29,3 %
Emenda constitucional	Não decisão	70,7 %
Lei complementar	Decisão	77,7 %
Lei complementar	Não decisão	22,3 %
Lei ordinária	Decisão	56,7%
Lei ordinária	Não decisão	43,3 %
Medida provisória	Decisão	51,8 %
Medida provisória	Não decisão	48,2 %
Resolução	Decisão	33,4 %
Resolução	Não decisão	66,6 %

Fonte: elaborado pelo autor.

Na análise do Quadro 5, inicialmente, vale explicar a categoria Ato (administrativo) ordinário<sup>74</sup>, que foi destacada no decorrer da pesquisa pelo seguinte motivo: em que pese a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, criada em 1980, seja restrita ao direito líquido e certo do congressista de participar de processo legislativo idôneo, a partir do qual os mesmos podem fazer uso dos mandados de segurança para a defesa desse direito, a singularidade destes casos encontra-se no fato de que os membros do legislativo se utilizam dessa argumentação nas mais variadas hipóteses envolvendo outros temas que não o processo legislativo, mas sim atos (administrativos) ordinários de cada uma das casas do Congresso Nacional.

Assim, judicialização da eleição da Câmara dos Deputados, judicialização do processo de impeachment de Dilma Rousseff, judicialização do processo de votação sobre a perda de imunidade de congressistas, em todas essas hipóteses, se verificou o uso deste argumento, direito ao devido processo legislativo, com base na jurisprudência sobre processo legislativo, para a submissão do ato (administrativo) ordinário ao Supremo Tribunal Federal. O resultado

<sup>74</sup> Neste ponto é importante distinguir ato ordinário, que existe no âmbito do Direito Administrativo, das leis ordinárias, que é espécie de ato normativo primário previsto no art. 59 da Constituição Federal de 1988.

já é perceptível no Quadro – 5, supracitado, na mais ampla maioria das hipóteses os processos são extintos sem análise do mérito.

A categoria ato administrativo ordinário foi inserida especificamente em relação aos mandados de segurança, pois não se identificou situação congênere em sede de ações diretas de inconstitucionalidade.

Esse registro é importante para expor que a racionalidade dos atores do Congresso Nacional, certamente, não se submete à lógica jurídica. Assim, a utilização da jurisprudência de impugnação em processos outros que não possuem natureza jurídica legislativa, mas sim administrativa, expõe de que modo os atores políticos forçam a aplicação da decisão judicial, não encontrando correspondência nas decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Até mesmo a classificação se apresenta difícil, visto que, especificamente, estes atos impugnados não são normativos, mas sim administrativos referentes ao funcionamento de cada uma das casas legislativas.

A categoria ato (administrativo) ordinário apresenta-se como uma disfunção do sistema lógico-jurídico, pois ela expressa de que modo os atores políticos instrumentalizam as instituições jurídicas para muitos fins, inclusive, não compreendidos no campo definido pela jurisprudência. A sua manutenção no banco de dados se justifica pela quantidade não desprezível, e também pelas recorrentes e sistemáticas decisões extintivas sem análise do mérito destas tentativas dos congressistas por parte do Supremo Tribunal Federal.

Assim, conforme já exposto no presente trabalho, os dados confirmam as análises de que a impetração do Mandado de Segurança para impugnação de processo legislativo pode ter outros fins do que a possibilidade de provimento.

Particularmente, em relação ao recorte da presente pesquisa, comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal, se deve indicar que tais tentativas não têm encontrado acolhida por parte dos membros do órgão do Poder Judiciário.

Um argumento final sobre o Quadro 5, destacam-se os dados referentes as emendas constitucionais, com 19 decisões de mérito e 46 não decisões, importa lembrar que o trâmite de tal ato normativo é um dos mais criteriosos da Constituição Federal de 1988<sup>75</sup>, conforme é

---

<sup>75</sup> Sobre o processo legislativo especial para aprovação de emendas constitucionais, destacamos o Art. 60 da CF/88:

Da Emenda à Constituição

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

de conhecimento, a alteração do texto constitucional implica em mudança da estrutura do Estado brasileiro e, somado a isso, trata-se de processo legislativo especial, do que possibilita questionar se um número maior de critérios processuais ensejam em maior número de possibilidades de veto por parte do Supremo Tribunal Federal, apresentando-se, assim, com variável relevante para o comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Ainda no campo da descrição dos resultados obtidos, a segunda variável independente que merece atenção relaciona os argumentos de inconstitucionalidade, materiais ou formais, e as decisões sobre o trâmite do processo ou a sua extinção do processo sem análise do mérito – não decisões.

O pressuposto aqui a ser analisado, indica a diferença entre argumentos materiais como a violação ao direito à igualdade, ou ao direito ao valor social do trabalho, de argumentos formais como a ausência de quórum necessário para aprovação de determinado ato normativo, ou o não cumprimento de algum requisito de caráter procedimental.

Conforme o Gráfico 1, que relaciona decisão e não decisão, com a classe processual e a estratégia argumentativa, trabalhou-se com as seguintes variáveis: argumentos apenas formais (F), argumentos formais e argumentos materiais (FeM) e argumentos materiais (M).

---

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

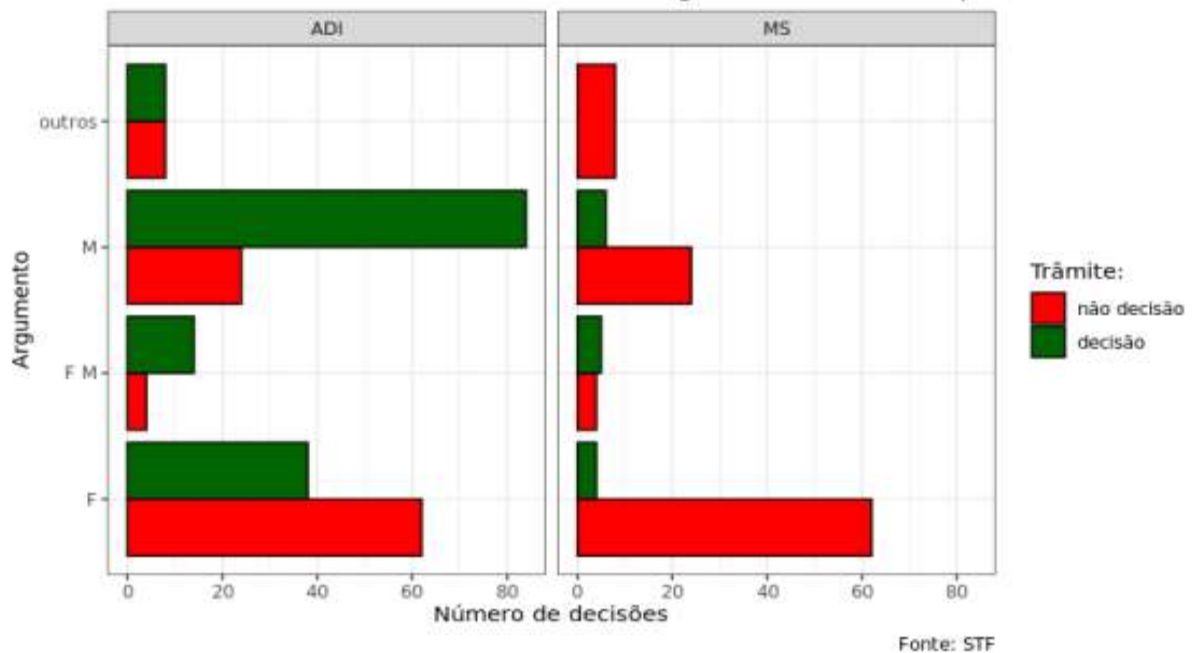
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (BRASIL, 1988a).

Gráfico 1 – Relação entre argumento de inconstitucionalidade, classe processual e decisão pelo trâmite do processo



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados do STF.

No gráfico acima, a categoria OUTROS foi utilizada em relação as ações nas quais não foi possível identificar o tipo de argumento de inconstitucionalidade utilizado pelos demandantes.

Conforme se verifica, a argumentação apenas material (M) apresenta uma incidência numérica maior em decisões pelo trâmite processual das ações direta de inconstitucionalidade até uma análise de mérito. Trata-se de característica que vai ao encontro dos pressupostos da pesquisa, quais sejam, os argumentos materiais são aqueles mais difíceis de serem identificados e definidos pelos julgadores, por decorrência da sua amplitude hermenêutica. Por decorrência disso, a sua articulação no âmbito processual apresenta menos ensejo à decisões de extinção do processo sem análise do mérito, visto que é mais oportuno o relator deixar a decisão para o plenário, e o próprio trâmite processual incorporar mais elementos para a decisão judicial.

Por outro lado, em sede de mandado de segurança, conforme já apontado, desde o surgimento dessa jurisprudência no emblemático voto do Ministro Moreira Alves na década de 80, a argumentação de violação do direito líquido e certo do congressista a participar de um devido processo legislativo idôneo é amplamente formal, mesmo assim, a incidência de

não decisões é preponderante em sede de mandado de segurança em sede de processo legislativo.

Isso, para antecipar uma conclusão que será retomada posteriormente, que aponta as diferenças do comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade e em mandado de segurança, que podem ser refletidas como relacionadas às características de cada um desses processos judiciais, à previsão constitucional das ações diretas de inconstitucionalidade e a construção jurisprudenciais dos mandados de segurança.

No Quadro 6 está disposta a descrição da classificação das classes processuais, trâmite do processo e quantidade, isso é, com a divisão entre ações que tramitaram até uma decisão de mérito e outras que foram extintas sem análise do mérito.

Quadro 6 – Classificação entre classe processual, decisão sobre o trâmite do processo e percentual

CLASSE	TRÂMITE DO PROCESSO	PERCENTUAL
ADI	Decisão	59,5%
ADI	Não decisão	40,5%
MS	Não decisão	86,7%
MS	Decisão	13,3%

Fonte: elaborado pelo autor.

Conforme se percebe, e será perceptível na exposição dos dados, a integração na base dos mandados de segurança apresentou características bastante delineadas. Por exemplo, a incidência de decisões pela extinção sem análise do mérito é bem mais marcante nessa classe processual, basta comparar a grande diferença proporcional entre as não decisões em sede de mandado de segurança e as não decisões em sede de ADIs.

A jurisprudência de extinção das ações de mandado de segurança é bem mais criteriosa, comparativamente, no que diz respeito a mudança do quadro institucional que justificou a sua impetração, na qual o próprio trâmite do processo legislativo no Congresso Nacional é motivo para a declaração de perda do objeto, como também a apresentação e aprovação de emendas parlamentares, a perda do mandato congressional do impetrante do que resulta na declaração da ausência de legitimidade ativa, entre muitas outras hipóteses.

Em continuidade, a descrição dos dados em consideração do trâmite processual até uma decisão de mérito separado por turmas do Supremo Tribunal Federal.

Quadro 7 – Classificação conforme turma, decisão sobre o trâmite do processo e percentual

<b>TURMA</b>	<b>TRÂMITE</b>	<b>PERCENTUAL</b>
1T	Decisão	42,2 %
1T	Não decisão	57,8 %
2T	Decisão	50 %
2T	Não decisão	50 %

Fonte: elaborado pelo autor.

Conforme se percebe no Quadro 7, a 1ª Turma aplica a jurisprudência de extinção do processo sem análise do mérito de forma mais rigorosa do que a segunda. Também é interessante observar, conforme análise inferencial vai indicar abaixo, que no segundo estágio, referente a análise de mérito, a 2ª Turma apresenta menor chance de procedência, fazendo supor que o filtro menos rigoroso em relação a extinção do processo sem análise do mérito no primeiro estágio resulta em maior probabilidade de ações julgadas improcedentes pela 2ª Turma.

O recorte temporal do lapso entre 2011-2019 levou em consideração a titularidade do Poder Executivo, envolvendo o governo de Dilma Rousseff entre 2011 e 2016 com a sigla do Partido dos Trabalhadores (PT), o governo de Michel Temer do PMDB entre 2016 e 2018, e o governo de Jair Messias Bolsonaro sem partido em 2019.

Quadro 8 – Classificação conforme recorte temporal pela Chefia do Poder Executivo, classe processual, decisão sobre o trâmite do processo e quantidade

<b>CLASSE PROCESSUAL</b>	<b>CHEFIA DO PODER EXECUTIVO</b>	<b>DECISÃO PELO TRÂMITE PROCESSUAL</b>	<b>PERCENTUAL</b>
ADI	Jair Bolsonaro	Decisão	66,6 %
ADI	Jair Bolsonaro	Não decisão	33,3 %
ADI	Dilma Rousseff	Decisão	60,0 %
ADI	Dilma Rousseff	Não decisão	40,0 %
ADI	Michel Temer	Decisão	45,4 %
ADI	Michel Temer	Não decisão	54,6 %
MS	Jair Bolsonaro	Decisão	19,1 %
MS	Jair Bolsonaro	Não decisão	80,9 %
MS	Dilma Rousseff	Decisão	2,9 %
MS	Dilma Rousseff	Não decisão	97,1 %
MS	Michel Temer	Decisão	17,6 %
MS	Michel Temer	Não decisão	82,4 %

Fonte: elaborado pelo autor.

Conforme literatura já apresentada no trabalho, a titularidade do Poder Executivo é fator importante no processo legislativo federal, em que pese esse poder não seja objeto de

análise no presente trabalho, a sua influência na apresentação de atos normativos no Congresso Nacional não pode ser desconsiderada, por isso o recorte se apresenta pertinente.

O afastamento de Dilma Rousseff em 2016, no problemático processo de impeachment, desencadeou o encaminhamento de inúmeras alterações legislativas<sup>76</sup>, e uma recorrente judicialização desses processos legislativos no Supremo Tribunal Federal, o que provavelmente explica o maior volume de decisões e não decisões no governo de Michel Temer. Não apenas em relação ao volume, como também em relação a um maior número de ações judiciais extintas sem análise do mérito, sejam Ações Diretas de Inconstitucionalidade como também Mandados de Segurança.

Destacadamente em relação a estes últimos, chama atenção a relação entre decisão e não decisão no governo de Michel Temer. Não apenas houve um incremento quantitativo dessa modalidade de acionamento, como também as decisões pelo trâmite dos Mandados de Segurança apresentaram-se bem mais comuns do que no governo Dilma Rousseff. Por exemplo, quando a proporção é de 2,9% para 97,1% no governo de Michel Temer, caracterizado por reformas legislativas robustas, proporcionalmente, a quantidade de mandados de segurança que tramitaram até uma decisão de mérito foi muito maior.

Como os dados em relação ao período do governo de Jair Messias Bolsonaro incluíram apenas o ano de 2019, fica difícil aferir se a alternância no Poder Executivo foi um fator de impacto no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Sobre esse ponto, duas informações devem ser destacadas para finalizar, a primeira, em relação ao trâmite das Ações Direta de Inconstitucionalidade, fica difícil aferir a caracterização dessa relação entre a chefia do Poder Executivo e o comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal, por decorrência do lapso temporal que o seu trâmite comporta, de modo que o intervalo entre o acionamento e uma decisão pode ser significativamente longo, dificultando tal relação. Por outro lado, em sede de Mandado de Segurança, caracterizado por maior prioridade no trâmite processual, tal classe processual pode se apresentar como de maior confiabilidade para o estudo das relações entre alternância do Poder Executivo, apresentação de projetos de lei no Poder Legislativo e o acionamento e comportamento decisório dos membros do Poder Judiciário.

---

<sup>76</sup> Não se pretende com isso sugerir que nos governos dos Partido dos Trabalhadores não foram apresentadas propostas legislativas de importância, seja em relação ao número, como também em relação a quantidade, mas indicar que desde 2016 é possível apontar um aumento significativo de mudanças legislativas que tem como objeto questões nucleares do desenho da Constituição Federal de 1988.

A partir de agora serão apresentados em perspectiva descritiva os dados obtidos em relação a decisão de mérito (procedente/improcedente), pretende se repetir os critérios de apresentação anteriores para possibilitar análises comparativas.

Quadro 9 – Julgados conforme o ato normativo, a decisão de mérito e quantidade

<b>ATO NORMATIVO</b>	<b>DECISÃO</b>	<b>PERCENTUAL</b>
Ato (administrativo) ordinário	improcedente	100,0 %
Decreto legislativo	improcedente	25,0 %
Decreto legislativo	procedente	75,0 %
Emenda constitucional	improcedente	84,2 %
Emenda constitucional	procedente	15,8 %
Lei complementar	improcedente	92,8 %
Lei complementar	procedente	7,2 %
Lei ordinária	improcedente	54,3 %
Lei ordinária	procedente	45,7 %
Medida provisória	Improcedente	57,1 %
Medida provisória	procedente	42,9 %
Resolução	procedente	100 %

Fonte: elaborado pelo autor.

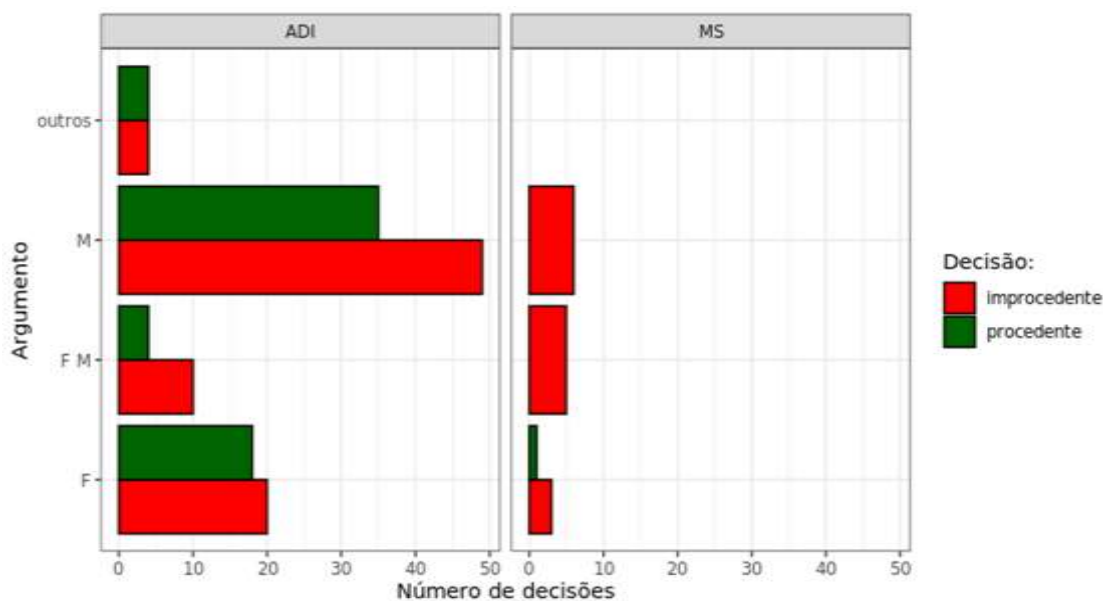
Comparativamente, importa destacar que os atos normativos com trâmite processual especial, como as emendas constitucionais e as leis complementares apresentam significativa disparidade entre as decisões do Supremo Tribunal Federal, com alto número de casos judicializados e alto número de decisões de improcedência. Corroborando para a sugestão sobre a possibilidade de relação entre o trâmite do processo legislativo e o comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Proporcionalmente, a disparidade entre os resultados de procedência e improcedência são significativos.

Diferentemente ocorre em relação as leis ordinárias, que é aprovada mediante processo legislativo comum ordinário, pois em que pese apresente um alto número de judicialização, é possível identificar menor disparidade entre os índices de decisão de procedência e de improcedência.

Ao analisar os dados em relação ao argumento de inconstitucionalidade materiais ou formais utilizados nas respectivas ações judiciais e o respectivo desfecho de procedência, ou improcedência, foi possível chegar nos resultados demonstrados no Gráfico 2.



Gráfico 2 – Relação entre argumento utilizado, classe processual e decisão judicial de mérito



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados do STF.

Em relação aos resultados das decisões nos mandados de segurança é necessário desconsiderá-los como uma possibilidade interpretativa, porque o índice de MSs que tramitam até o fim do processo e obtém uma decisão de mérito de provimento é praticamente inexistente.

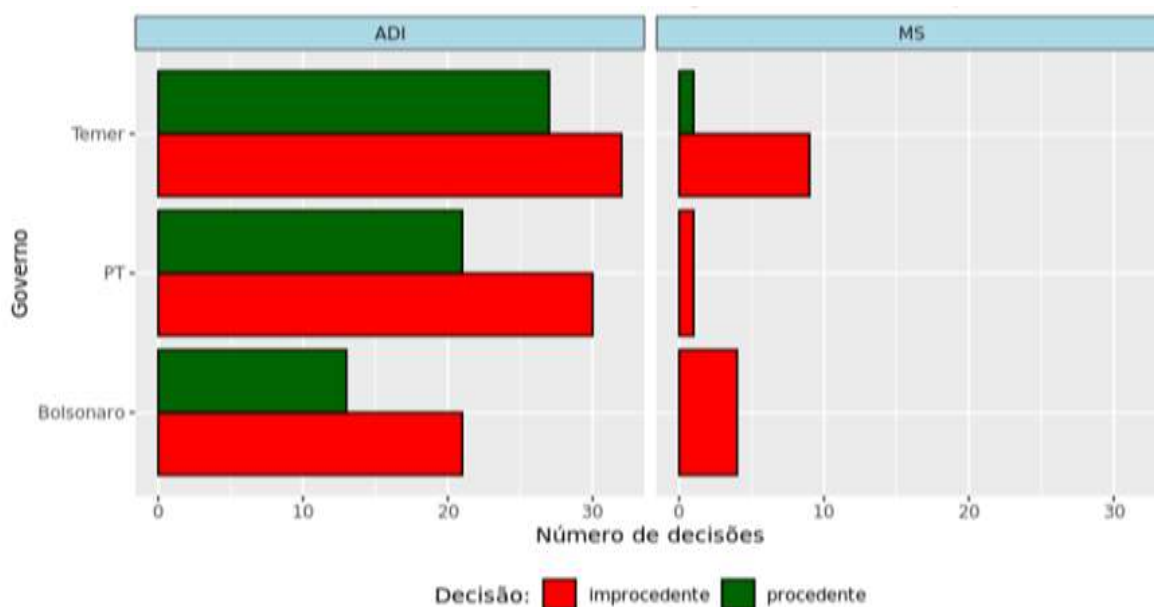
Em relação as ações direta de inconstitucionalidade, verifica-se que as ações com argumentação apenas material apresentam uma incidência significativa a menor de procedência, sendo possível apontar a seguinte inversão: em relação as decisões e não decisões, o argumento exclusivamente de inconstitucionalidade material apresentou-se incidente para o prosseguimento das ações diretas de inconstitucionalidade, em sede de mérito, por outro lado, o argumento de ordem material apresentou um índice bem mais baixo de procedência.

Essas duas chaves possibilitam a retomada da questão apresentada no referente aos *hard cases* e aos *easy cases*, isto porque os argumentos exclusivamente formais apresentam de mais clara cognição na hipótese de sua violação. Tanto é que os argumentos exclusivamente formais apresentam resultados muito aproximados de procedência e improcedência.

Por outro lado, as ações que se encontram fundamentadas na utilização dos dois argumentos de inconstitucionalidade material e formal apresentam um índice significativo de improcedência, muito superior ao número das ações com a mesma argumentação consideradas procedentes.

No próximo tópico será apresentada a relação entre a titularidade da chefia do Poder Executivo, a decisão de mérito e a classe processual.

Gráfico 3 – Relação entre recorte temporal pela Chefia do Poder Executivo, decisão de mérito e classe processual



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados do STF.

No Gráfico 3 destacam-se como maior disparidade entre decisões de procedência e de improcedência nas ações judiciais decididas nos governos de Dilma Rousseff do Partidos dos Trabalhadores e no primeiro ano do governo de Jair Messias Bolsonaro, que demandará mais tempo de análise para possibilitar conclusões mais robustas.

A partir de agora serão apresentadas as análises exploratórias desenvolvidas com base nos cálculos de probabilidade e estatística, destacando a relevância desse campo para as ciências humanas e sociais, como possibilidade de aperfeiçoamento das análises sobre o funcionamento das instituições, e das relações entre as pesquisas normativas e os dados obtidos pelas pesquisas empíricas (AGRESTI; FINLAY, 2012; BARBETTA, 2005).

A seguir são expostos os resultados da análise inferencial, que foi dividida em dois estágios com base no *Heckman model*, o primeiro considerando as decisões de extinção do processo sem análise do mérito (não decisões), ou decisões pelo seu trâmite, e o segundo considerando decisões de mérito, de procedência ou improcedência.

### 3.2.3 Análise inferencial

Na análise inferencial foi usado o modelo de regressão binomial, vale destacar que apenas parcela dos processos que são demandados junto ao Supremo Tribunal Federal tramita até uma decisão de mérito, uma outra parcela é extinta sem análise do mérito por uma série de razões. Isso constitui uma jurisprudência de extinção das ações judiciais significativamente ampla, por várias razões, especialmente por perda de objeto, perda da legitimidade ativa do congressista, falta de interesse de agir, na hipótese de alteração por emenda parlamentar do objeto impugnado, entre muitas outras hipóteses.

Considera-se o pressuposto de que a perda de objeto não ocorre aleatoriamente, mas sim por decisões judiciais motivadas e também que tais decisões são sistemáticas, ao analisar os dados das ações judiciais que tramitaram até uma análise de mérito, sem considerar que muitos não são julgados por força de mecanismos que podem ser explicados, os resultados certamente encontrar-se-ão estar enviesados.

Visando a superação deste problema de amostragem, James Heckman propôs um modelo de seleção para corrigir o viés no modelo de regressão com dados faltantes não aleatórios na variável resposta.

O método proposto vislumbra o modelo em duas partes. Um primeiro estágio que verifica o quão propenso a ação judicial está para tramitar até uma decisão de mérito, isto é, calcula-se as probabilidades de um processo tramitar ou de ser extinto sem análise do mérito, que é denominado nesta pesquisa como não decisão.

Assim, esses resultados condicionam o resultado do segundo modelo que observa o mérito, na medida em que o modelo de dados faltantes (modelo de seleção) ajusta para o viés no modelo de resultado. Dessa forma, optou-se por rodar o modelo proposto por Heckman, ou seja, dois modelos rodados. Para tanto, usou-se o pacote `SampleSelection` escrito em R.

O ganho com tal opção foi de integração das decisões de extinção do processo sem análise do mérito no desenho da pesquisa, vale destacar que em um primeiro momento, a modelagem em duas etapas foi testada, mas na medida em que os resultados do primeiro estágio (decisão pelo trâmite processual/não decisão) não se encontravam relacionadas ao cômputo do segundo estágio – decisões de mérito (precedente/imprecedente), os riscos de resultados viciados eram muito altos.

Considera-se que a categoria processo, que foi central no trabalho, seja o processo legislativo, como também o processo judicial. A modelagem utilizada apresentou grande contribuição para os resultados obtidos.

Isso porque, em termos de probabilidade, as ações judiciais envolvem um conjunto de fatos nos quais em cada fase existem mais de uma possibilidade como regra, o que indica a pertinência de estudos sobre a relação entre as ações judiciais e os dados censurados em análises estatísticas e de probabilidade.

O principal risco da desconSIDERAÇÃO destes elementos é o superdimensionamento dos resultados, quando considerados exclusivamente as ações que tiveram uma decisão de mérito (procedência/improcedência)

Abaixo é possível observar o sumário dos resultados.

Tabela 1 – Heckman Model

```

-----
Tobit 2 model with binary outcome (sample selection model)
Maximum Likelihood estimation
BHHH maximisation, 21 iterations
Return code 8: successive function values within relative tolerance limit
(reltol)
Log-Likelihood: -259
355 observations (196 censored and 159 observed)
22 free parameters (df = 333)
Probit selection equation:

```

	Estimate	Std. Error	t value	Pr(> t )
(Intercept)	-0.5667	0.4883	-1.16	0.247
material_formalF M	1.6123	0.3215	5.01	0.000000865 ***
material_formalM	1.1089	0.1980	5.60	0.000000045 ***
material_formaloutros	0.2082	0.4046	0.51	0.607
turma2T	0.3627	0.1918	1.89	0.060 .
governo1Bolsonaro	0.5090	0.2537	2.01	0.046 *
governo1Temer	0.3248	0.2268	1.43	0.153
classeMS	-1.2061	0.2066	-5.84	0.000000013 ***
atoAto ordinário	-1.8879	0.7284	-2.59	0.010 **
atoEmenda constitucional	-0.6919	0.4944	-1.40	0.163
atoLei complementar	-0.1356	0.6992	-0.19	0.846
atoLei ordinária	0.0992	0.4691	0.21	0.833
atoMedida provisória	0.0920	0.5021	0.18	0.855
atoResolução	-0.5963	0.5997	-0.99	0.321

```

Outcome equation:

```

	Estimate	Std. Error	t value	Pr(> t )
(Intercept)	1.027	0.329	3.12	0.0019 **
material_formalF M	-1.304	0.425	-3.07	0.0023 **
material_formalM	-0.722	0.241	-3.00	0.0029 **
material_formaloutros	-0.168	0.461	-0.36	0.7161
turma2T	-0.369	0.206	-1.79	0.0738 .
governo1Bolsonaro	-0.487	0.276	-1.77	0.0780 .
governo1Temer	-0.142	0.225	-0.63	0.5294

```

Error terms:
Estimate Std. Error t value Pr(>|t|)
rho -0.779 0.219 -3.55 0.00044 ***
---
Signif. codes: 0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1
-----

```

Fonte: elaborado pelo autor.

As observações a seguir vão considerar a divisão supramencionada, no seguinte modo:

Quadro 10 – Divisão do Estágio do Heckman Model e Variável Dependente

<b>ESTÁGIO DO HECKMAN MODEL</b>	<b>VARIÁVEL DEPENDENTE</b>
Primeiro estágio	Decisão pelo trâmite/Não decisão pelo trâmite
Segundo estágio	Decisão de mérito de procedência/improcedência

Fonte: elaborado pelo autor.

No primeiro estágio as variáveis independentes ato normativo impugnado (processo legislativo comum ou especial), argumento de inconstitucionalidade, titularidade do Poder Executivo e classe processual apresentaram relevância estatística.

Como se pode observar, dos 355 (trezentos e cinquenta e cinco) objetos envolvendo as Ações de Direta de Inconstitucionalidade e Mandados de Segurança, 196 (cento e noventa e seis) foram censurados, do que resultaram 159 (cento e cinquenta e nove) que tramitaram até uma análise de mérito.

Os resultados referentes ao ato (administrativo) ordinário ocorreram em absoluta convergência com as expectativas desenvolvida no decorrer do trabalho. Assim, demonstrou-se que o ato ordinário é aquele que possui a menor chance de ultrapassar a primeira fase, incidindo sobre o mesmo, de forma recorrente, não decisões de extinção da ação sem análise do mérito. Tal resultado, por indicar que o comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal, não apresenta alto grau de aleatoriedade.

Em relação a variável, independente argumento de inconstitucionalidade, verificou-se que possuindo os argumentos apenas formais como intercepto (referência) no primeiro estágio, os argumentos cumulados de inconstitucionalidade formais e materiais apresentaram 5 (cinco) vezes mais de chance de seguimento até uma análise de mérito, e os argumentos exclusivamente materiais apresentaram 3 (três) vezes mais de chance de tramitarem até uma decisão de mérito.

A opção do argumento exclusivamente formal como intercepto (referência) de análise em comparação com as outras possibilidades desta variável, tem como razão a tentativa de relacionar os argumentos formais com os *easy cases* já referidos no trabalho. Justamente porque os argumentos formais são aqueles que estão fundados em critérios de caráter processual ou procedimental e, portanto, com maior objetividade.

Conforme já assinalado no decorrer do texto, na passagem da primeira fase para a segunda, se tem uma inversão destes resultados, pois se os argumentos apenas materiais, e materiais e formais, apresentam maior chance de tramitar até uma análise de mérito, entre

aqueles que chegam à uma decisão de mérito, os argumentos formais apresentam maior chance de procedência.

Tal resultado é particularmente interessante, pois o trâmite processual pode ser considerado útil para os atores do sistema de justiça, independente do resultado da ação, pois a notícia de impugnação de um ato normativo pode trazer benefícios outros aos demandantes que são independentes do resultado da ação.

Em relação as Turmas, a 2ª Turma apresentou maior chance de prosseguimento do que a primeira, em que pese, a mesma Turma apresentou no segundo estágio menor chance de decisão pela procedência, o que faz supor que o menor rigor do filtro da extinção sem análise do mérito resulta em maior dificuldade para obtenção de decisões pela procedência.

Em se tratando da classe processual, como o esperado, as ADIs apresentaram 3,34 (três virgular trinta e quatro) a mais de chance de trâmite até uma decisão de mérito do que os Mandados de Segurança.

Em relação ao segundo estágio da modelagem, além das observações já referidas, vale registrar que mantendo os argumentos formais como intercepto, os resultados indicaram que eles possuem 3,68 (três virgula sessenta e oito) a mais de chance de procedência do que os argumentos cumulados formais e materiais de inconstitucionalidade, e 2,06 (dois virgula zero seis) mais chance de procedência do que os argumentos exclusivamente materiais.

Conforme já indicado, no referente as Turmas, a 1ª Turma apresentou 1,45 (um virgula quarenta e cinco) a mais de chance de procedência do que a 2ª Turma.

Ao fim e ao cabo, considera-se os resultados satisfatórios e, após inúmeras modelagens, a última obtida se apresentou mais clara e convergente com resultados obtidos anteriormente, indicando a pertinência da utilização do Heckman model para este tipo de desenho de pesquisa.

### **3.2.4 Testagem de hipóteses anteriores**

A pesquisa também é aproveitada para testar algumas formulações da bibliografia correlata ao tema; a primeira delas é apresentada por Alec Stone Sweet (2002) e Arend Lijphart (2011), que sugerem que o controle concentrado tende a ser mais presente e expansivo no funcionamento do sistema político do que o controle difuso. Assim, pretende-se a partir da comparação do funcionamento desses dois sistemas no mesmo lapso temporal, verificar se é possível identificar uma mudança do comportamento decisório dos ministros do

Supremo Tribunal Federal a depender se o debate se desenvolve no âmbito do controle difuso ou do controle concentrado.

Os dados obtidos, a seguir expostos, dão conta que sim, o processo decisório do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade concentrado, quantitativamente, é mais receptivo ao acionamento externo, seja por um número menor de ações diretas de inconstitucionalidade extintas sem análise do mérito e um número expressivamente maior de decisões de procedência e de parcial procedência.

Um segundo ponto que também será objeto de questionamento é colocado na obra de Rogério Arantes (1997), no que diz respeito a características do modelo de controle de constitucionalidade no Brasil justapor o controle difuso e o controle concentrado, a partir de questionamentos se esse é um elemento de disfunção, de crise, e se é possível indicar comportamentos decisórios distintos a depender do controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal do controle preventivo de constitucionalidade via mandado de segurança impetrado por parlamentares, e o Supremo Tribunal Federal do controle concentrado de constitucionalidade.

Os resultados obtidos sugerem que sim, em acordo com a afirmação anterior, os índices de deferimento de ADIs são maiores do que os índices em sede de mandado de segurança. Um argumento que pode para tal análise é que o controle concentrado e repressivo de constitucionalidade possui previsão expressa na Constituição Federal de 1988, sendo que o controle difuso e preventivo é uma construção jurisprudencial da década de 1980, do que se pode verificar que os óbices para julgamentos de provimento dos mandados de segurança são muitos.

Vale destacar, ainda, que os índices de mandados de segurança providos são muito baixos, de todo o acionamento, a mais ampla maioria, da ordem de 99% (noventa e nove por cento), ou são extintos sem análise do mérito ou são improvidos. Tais resultados em relação a base de dados do mandado de segurança permitem questionar se o Supremo Tribunal Federal, em análise quantitativa, é um fator de instabilização do regime político, isso porque se a probabilidade de obtenção de uma decisão de provimento é tão baixa, o instituto pode ter outros fins que não a defesa formal do direito líquido e certo dos congressista, sendo, assim, de difícil caracterização desse órgão judicial como expansivo em sede de decisões de mandado de segurança que impugnam processos legislativos federais.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> A origem dessa possibilidade institucional de controle preventivo e difuso de constitucionalidade ocorreu na jurisprudência, no julgamento do MS 20.257, relatoria do Ministro Moreira Alves, DJ 27.02.1981, quando foi

Para concluir, mais duas hipóteses parecem relevantes para a compreensão dos dados que serão expostos, uma análise dos mesmos a partir das conclusões de Tamy Progrebinch (2011), que considera a não ocorrência de um ativismo judicial no Brasil, de modo que o comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal em relação ao Congresso Nacional como uma possibilidade de aprimoramento dos canais de representação política.

Em função das observações metodológicas já apresentadas, a hipótese é que essa conclusão desconsidera variáveis importantes em relação ao tema, além dos problemas metodológicos já indicados.

Uma das variáveis que foi testada no presente trabalho é a relação entre o tema do processo legislativo e o impacto dessa variável na probabilidade de trâmite processual até uma decisão de mérito.

Os dados sugerem que o tema do processo legislativo - direitos sociais - DS não é uma variável com grande impacto no resultado do trâmite processual até uma decisão de mérito. Conforme será apresentado a seguir, quando a variável dependente são as decisões de extinção do processo sem análise do mérito, o resultado quantitativo é verificável, mas não robusto, nas análises de mérito tal significância fica ainda mais comprometida.

Uma possibilidade que pode apresentar resultados em pesquisas futuras diz respeito a reflexão da literatura que assenta a saliência do processo legislativo como um fator de acionamento e os resultados alcançados na presente pesquisa, que indica a ausência ou baixa repercussão de impacto no tema do processo legislativo no processo decisório do Supremo Tribunal Federal (TAYLOR, 2008).

Assim, conforme será exposto, tanto o trâmite da Reforma da Previdência e o trâmite da Reforma Trabalhista, ocorridos durante o mandato de Michel Temer, foram elementos de

---

admitida a possibilidade de exame de mandado de segurança impetrado por parlamentar quando presente questionamento sobre a constitucionalidade do processo legislativo, com a seguinte fundamentação:

Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra. Diversas, porém, são as hipóteses, como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (...) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. (BRASIL, 1981).



grande demanda junto ao Poder Judiciário, seja via mandados de segurança, seja em relação com controle repressivo das ADIs.

No entanto, não é possível indicar que o aumento da demanda proporcionado pelo tema dos direitos sociais - DS junto ao Supremo Tribunal Federal seja acompanhado por um comportamento decisório mais expansivo desse poder em relação ao Congresso Nacional.

O que indica a necessidade de cuidado com expressões categóricas sobre a performance do Supremo Tribunal Federal em relação ao Poder Legislativo, pois os resultados indicam que as decisões variam a depender do tema do processo legislativo em trâmite que é judicializado, mesmo que com resultado menor do que a hipótese inicial da pesquisa.

Interessante observar que essas duas reformas foram muito criticadas pela doutrina especializada (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2017; DRUCK; DUTRA; SILVA, 2019; KREIN, 2018), inclusive que apontando que tais alterações significavam uma mudança da matriz de regulação sobre esses temas definidas em 1988. No entanto, mesmo diante de argumentos de ordem material ou formal, conforme será exposto, a posição do Supremo Tribunal Federal foi de autocontenção ou com índices de não tomada de decisão superiores em relação a outros processos legislativos com temas diversos. As perguntas podem ser feitas: E o contramajoritarismo? Seriam decisões incoerentes e de exceção? Por que em algumas situações o Poder Judiciário atua de forma mais expansiva e em outras não?

Vale observar que segundo a literatura, o Supremo Tribunal Federal apresenta uma jurisprudência de destaque em relação aos direitos civis (HELMKE; RIOS-FIGUEROA, 2011), por outro lado, em relação aos direitos sociais, o órgão tende a convergir mais claramente com as deliberações do sistema político majoritário. Tais como outras cortes superiores em modelos institucionais semelhantes. (BRINKS; BLASS, 2018; FRIEDMAN, 2005; GRABER, 2005b).

A resposta deste trabalho, acompanhando os resultados da pesquisa, é que o Poder Judiciário integra o sistema político e é afetado por ele, de modo que existe um excesso de Teoria Liberal na análise das instituições judiciais que gera uma expectativa de comportamento decisório por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal que não encontra respaldo na produção científica empírica dos tribunais, como também as funções exercidas por este em relação ao sistema político.

Justamente por isso, uma das propostas do presente trabalho é a identificação do desafio epistemológico e metodológico do tratamento relacionado entre as teorias normativas do Direito Constitucional com a produção empírica a respeito do Poder Judiciário, com a

expectativa que tal aproximação enseje maior aprimoramento e redirecionamento, quando necessário, do debate normativo sobre os tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas, destacadamente, no Brasil.

### 3.3 ANÁLISES DOS DADOS E RELAÇÕES INTERINSTITUCIONAIS

Ao considerar a apresentação do desenho da pesquisa, do banco de dados, como também das relações entre as variáveis selecionadas, no presente tópico se pretende abordar alguns pontos que resultaram da leitura humana das decisões judiciais.

Na formulação originária do projeto de tese havia uma preocupação de modo a garantir que o desenvolvimento da organização e análise dos dados por parte do software R-Studio não ficasse desconexo da leitura humana.

Em que pese tenha sido trabalhosa a leitura humana, o resultado foi considerado satisfatório, a partir dessa conjunção chegou-se a resultados que a leitura automatizada não conseguiria fazê-lo, como também a resultados que a leitura humana de forma isolada não conseguiria alcançar.

O presente tópico precisa ser desenvolvido e lido com os seguintes cuidados, é importante destacar que essas observações não apresentaram relevâncias quantitativas, mesmo assim, considera-se importante esse registro para fins de composição de um relatório por parte do pesquisador.

Assim, apresentam-se elementos de análise qualitativa, de modo que mesmo que tais registros não sejam quantitativamente relevantes, eles possam apontar fenômenos que tenham maior importância em um futuro próximo, ou até mesmo se constituírem em objetos de pesquisa, que ainda não estejam configurados atualmente.

Ou, ao menos, para estabelecer pontos de contato com outros campos de pesquisa e debates correlatos e em desenvolvimento nas pesquisas sobre o Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal no Brasil. Seja em relação a mesma perspectiva, como é o caso do primeiro item, ou em relação a perspectivas distintas, como é o caso do tópico que traz informações e análises sobre o histórico das composições do Supremo Tribunal Federal no período delimitado da pesquisa entre 2011-2019.

Assim, serão compartilhadas análises decorrentes da leitura humana das decisões judiciais no período selecionado, no que diz respeito as estratégias processuais dos partidos políticos em relação a jurisprudência que serve de base para a presente pesquisa e o seu uso em outros âmbitos que não o processo legislativo, análises possíveis sobre a função das não

decisões nas relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, e outras observações que se não chegaram a ter relevância quantitativa, mas que são pertinentes o bastante para ficarem registradas.

Por fim, pretende-se expor observações sobre aspectos positivos e negativos da metodologia de análise aplicada as conclusões possíveis e possibilidades de aperfeiçoamento.

### 3.3.1 Observações sobre a integração das liminares concedidas no banco de dados

As observações aplicam-se tanto em relação as ADIs como também aos mandados de segurança, mas nesses últimos, tal característica foi mais marcante. E tem como objeto situações que se apresentaram de difícil classificação para a composição do banco de dados.

Por considerar que a proposta era agregar dados de ações judiciais transitadas em julgado, a situação das liminares se apresentou como não aptas para a composição do banco de dados.

A situação mais complexa ocorreu com ações nas quais havia a concessão de uma liminar, e o pedido de intimação das autoridades públicas, mas o processo não retorna para a pauta para o julgamento definitivo pelo plenário. Trata-se de uma espécie de vácuo jurídico, na qual a liminar tem um longo efeito de permanência no tempo, algumas vezes por longos anos. Outra hipótese, igualmente complexa, foram as liminares concedidas, mas revertidas pelo plenário em larga medida para declaração de uma não decisão, ou decisão pelo improvimento. Nestes casos, as ações foram integradas no banco de dados tendo como referência as decisões finais.

Uma outra hipótese que justificou a exclusão de ADIs e MSs com liminares, além da ausência de decisão definitiva, improvimento, ou reversão pelo plenário, ocorreu com medidas que tinham como objeto processos do Congresso Nacional que não envolviam atos normativos primários do Art. 59 da CF/88, mas portarias de Ministérios, e normas classificadas como atos normativos secundários.

Quadro 11 - Liminares que foram deferidas em sede de controle de constitucionalidade

<b>CLASSE PROCESSUAL</b>	<b>ASSUNTO</b>	<b>MOTIVO DA EXCLUSÃO DO BANCO DE DADOS</b>
ADI 4582	EMENTA: Liminar deferida. Direito Administrativo. Reajuste de proventos. Art. 40, § 8, da Lei N.º 10.887/2004.	Aguarda decisão
ADI. 4661	Liminar deferida pelo relator com eficácia ex nunc, revertida pelo plenário para efeito	Decreto do Poder Executivo – Ato normativo secundário

	ex tunc, tendo sido a ação julgada prejudicada	
MS 36063	Liminar deferida, argumento formal por encaminhamento à sanção presidencial sem análise da Casa Iniciadora.	MSs julgado prejudicado e extinto sem análise do mérito.
MS. 30.896	Orçamento do Poder Judiciário, liminar deferida	MSs julgado prejudicado e extinto sem análise do mérito.
MS 34530	Liminar deferida pelo Min. Luiz Fux para ordenar o retorno à Câmara dos Deputados	Decisão do relator pela extinção do processo sem análise do mérito pelo plenário.
MS 34907	Liminar deferida pelo Min. Luís Roberto Barroso para ordenar o retorno à Câmara dos Deputados	Decisão do relator pela extinção do processo sem análise do mérito pelo plenário.
MS 36063	Liminar deferida pelo Min. Carmen Lucia para ordenar o retorno à Câmara dos Deputados	Decisão da relatora pela extinção do processo sem análise do mérito pelo plenário.

Fonte: elaborado pelo autor.

Isso significa que as concessões de liminares não são relevantes? Certamente elas são muito relevantes, mas como a escolha metodológica do trabalho foi de caráter quantitativista, a opção foi por categorias com maior abrangência e potencial de escala.

Assim, a dificuldade com as liminares foi de caráter metodológico, pois em que pese se trate de um fenômeno relevante, o mesmo não apresenta relevância quantitativa, trata-se de um limite que indica a pertinência de uma ação conjugada entre a análise quantitativa e a análise qualitativa desses casos, com o cuidado, não menos importante, de se evitar o superdimensionamento de situações que são esporádicas e não aleatórias.

### **3.3.2 Observações sobre a leitura dos casos envolvendo o controle difuso de constitucionalidade em situações atípicas**

Desta forma, se inicia indicando os casos nos quais a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de impetração de mandado de segurança para a salvaguarda do devido processo legislativo foi utilizado para fins outros não relacionados ao processo legislativo propriamente.

Sendo assim, é possível perceber que são os partidos políticos que se utilizam dos argumentos e das decisões supracitadas para os mais variados pedidos, mesmo que não tenham absolutamente nenhuma relação com o processo legislativo.

Trata-se de um uso do argumento, em perspectiva ampliada, e em defesa dos pressupostos de representação política, mas em todos os casos apontados, em nenhum deles verificou-se uma resposta por parte do Supremo Tribunal Federal, ou dos seus ministros em

decisões monocráticas que não fossem de não conhecimento do pedido, conforme mostra o Quadro 12.

Quadro 12 – Casos envolvendo o controle difuso de constitucionalidade em situações atípicas

<b>MANDADO DE SEGURANÇA</b>	<b>PEDIDO</b>
MS. 32343	Caso Donadon. Provimento para Requerimento perante a Mesa Diretora da Casa Legislativa, com o propósito de tornar público o teor do voto proferido na Representação nº 20/2013, por meio da qual se buscava a declaração de perda de mandato do Deputado Natan Donadon. Visa o impetrante que a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados emita documento com o teor do voto proferido em escrutínio secreto na Representação nº 20/2013, visando prestar contas aos eleitores.
MS. 32359	Idem
MS 33544	Requer, assim, liminarmente, que “seja determinada a imediata instauração da CPI dos Planos de Saúde, objeto do Requerimento nº.2, de 2015, cumprindo-se todos os termos e providências dos artigos 35 e seguintes do Regimento Interno da Câmara dos Deputados”. No mérito, pede a concessão da ordem, ratificando a liminar, autorizando-se a “instauração e funcionamento da Comissão Parlamentar de Inquérito requerida”.
MS 34131	Impeachment de Dilma Rousseff. 1. A concessão de medida liminar para determinar a suspensão da eficácia da votação do parecer da Comissão Especial referente à DCR nº1/2015, suspendendo-se, por conseguinte, a votação do parecer pelo Plenário da Câmara dos Deputados, pelo reconhecimento de que o documento extrapola o objeto do processo e porque contém imputação não recepcionada pela Constituição. 2. No mérito, que sejam desentranhados todos os documentos estranhos ao objeto do processo, anulando-se todos os atos posteriores à juntada da delação do Senador Delcídio do Amaral. 3. Ainda no mérito, que a Comissão Especial se abstenha de se manifestar sobre imputação não recepcionada pela Constituição.
MS 34384	Idem
MS 34403	Idem
MS 34418	Idem
MS 34574	Candidatura de Rodrigo Maia. O pedido: impugnação à possível candidatura do Deputado Rodrigo Maia à Presidência da Câmara dos Deputados.
MS 34599	Idem
MS 34602	Idem
MS 34603	Idem

Fonte: elaborado pelo autor.

Assim, é possível identificar a tentativa e uso da legitimidade ativa para a impugnação do processo legislativo por parte dos congressistas para as mais variadas ocasiões, na mais

ampla maioria das vezes, o resultado são de não decisões, sem análise do mérito, quanto muito uma notificação das autoridades mencionadas, com perda do objeto posterior.

Acredita-se que tal registro é relevante para afastar a imagem de que a atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de segurança, que reconhece direito líquido e certo por parte de congressista à participação no devido processo legislativo, seja algo muito fortuito ou ocasional. A análise do período sugere que por mais que os congressistas tentem, inclusive de forma descentralizada e nem sempre orgânica, visto que tal medida não passa obrigatoriamente por Diretório Nacional, as decisões do Supremo Tribunal Federal são restritivas nessas hipóteses.

### **3.3.3 Sobre o uso do argumento democrático nos mandados de segurança**

Conforme já foi exposto anteriormente, o exercício da jurisdição constitucional em sede de mandado de segurança se apresenta claramente mais restritivo do que ocorre em relação as Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

A resposta mais intuitiva em relação a isso deriva do fato de que o controle repressivo e concentrado de constitucionalidade possui previsão expressa na Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 102, I, da Constituição da República de 1988, muito diferentemente ocorre em relação ao controle repressivo e difuso, construção jurisprudencial sobre a qual o ônus argumentativo do exercício da jurisdição constitucional se apresenta bem mais difícil em sede de mandado de segurança.

Assim, os números de decisões pelo improvimento são, inclusive, bem mais substantivos. Particularmente, alguns ministros se destacam pela recorrente exposição de motivações e fundamentos para as decisões de não conhecimento dos mandados de segurança, ensejando a partir desse material a compreensão sobre como tais membros da cúpula do Poder Judiciário brasileiro concebem as relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, tema central no presente trabalho.

A partir disso, destacam-se as decisões do Ministro Luiz Fux, que possuem como características serem extensas na fundamentação do improvimento dos mandados de segurança, conforme será exposto, o argumento democrático e de respeito as deliberações majoritárias em decisão proferida no MS 33615, com data de protocolo em 21 de maio de 2015:

Os ideais da democracia e do constitucionalismo, não obstante caminhem lado a lado, vez por outra revelam uma tensão latente entre si. É que, de um lado, a

democracia, apostando na autonomia coletiva dos cidadãos, preconiza a soberania popular, que tem no princípio majoritário uma de suas mais importantes dimensões, tal qual preleciona Robert Dahl. De outro lado, o constitucionalismo propugna pela limitação do poder através de sua sujeição ao direito, o que impõe obstáculos às deliberações do povo. (...) Essa aparente contradição entre os valores albergados pelo Estado Democrático de Direito impõe um dever de cautela redobrado no exercício da jurisdição constitucional. Com efeito, certo é que os tribunais não podem asfixiar a autonomia pública dos cidadãos, substituindo as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais de magistrados não eleitos pelo povo, como, aliás, testemunhado pela história constitucional norte-americana durante a cognominada Era da Lochner (1905-1937), período em a Suprema Corte daquele país freou a implantação do Estado social a partir de uma exegese inflacionada da cláusula aberta do devido processo legal (CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 630-645) (...) Nesse sentido, a Constituição não pode ser vista como repositório de todas as decisões coletivas, senão apenas dos lineamentos básicos e objetivos fundamentais da República. Deve-se, portanto, rechaçar qualquer leitura maximalista das cláusulas constitucionais que acabe por amesquinhar o papel da política ordinária na vida social. (BRASIL, 2015).

A utilização do argumento de deferência ao Poder Legislativo é particularmente importante no presente caso, pois sob a alegação de deferência às maiorias legislativas do presente, não se percebe um questionamento sobre a deferência a maioria, que no contexto constituinte entre 1987 e 1988, inseriu um modelo mais ampliado de prestação dos direitos sociais que no período em análise, por vários momentos, foi objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal.

O dado importante para a pesquisa é a articulação do argumento pelos atores políticos envolvidos, ou a ausência do mesmo, assim, percebe-se que os demandantes argumentam junto a corte as diferenças entre o momento constituinte do texto originário da Constituição Federal de 1988 e as maiorias legislativas posteriores, muito bem apontados na metodologia proposta por literatura qualificada (BRINK; BLASS, 2018), mas essa argumentação não é objeto de deliberação clara nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, muito mais dificilmente como *ratio decidendi* em caráter de procedência. Assim, o argumento dessa ordem dificilmente é considerado, e em seu lugar desenvolvem-se argumentos de autocontenção do Poder Judiciário e respeito aos ditames democráticos.

No mandado de segurança 30589, com data de protocolo de abril de 2011, e relatoria do Ministro Dias Toffoli, quando o mesmo aponta o seguinte, a respeito de um debate sobre o Novo Código Florestal:

Os impetrantes alegam que, no texto do Projeto de Lei nº 1.876/1999, foi inserida matéria de direito penal, essa insuscetível de ser disciplinada por medida provisória (art. 62, § 1º, b, da CF/88), com o intuito de se furta a submeter a sua votação à regra do art. 62, § 6º, da CF/88, conforme interpretação dada pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, ao decidir a Questão de Ordem nº 411, mantida por decisão desta Suprema Corte, ao indeferir o pedido de liminar nos autos

do MS nº 27.931/DF. Nessa perspectiva, entendo que a pretensão deduzida neste mandado de segurança - além de dizer respeito ao processo de elaboração do denominado “novo Código Florestal”, com argumentação subjetiva acerca da tomada de decisão política quanto às proposições apresentadas no curso do processo legislativo (o que, reafirmo, demandaria a assunção, pelo STF, de papel de “guardião do processo político”, incompatível com a sua função constitucional e a harmonia entre os “Poderes da União”). (BRASIL, 2011).

O que se quer afirmar, além da posição mais restritiva por parte do Supremo Tribunal Federal para o exercício do controle de constitucionalidade, é que o argumento da autocontenção é presente na argumentação dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

As análises indicadas no tópico anterior, no entanto, indicam uma utilização não uniforme dessa posição institucional, que pode frustrar análises que buscam coerência no processo decisório desse órgão do Poder Judiciário.

A conclusão de que o tema do processo legislativo, resultam em pequeno impacto no trâmite das respectivas decisões expõem uma nuance na classificação do órgão como ativista ou passivista.

Além disso, conforme se tentou indicar no presente tópico, os argumentos de viés democrático e respeitosos a posições majoritaristas, também se apresentam como eficientes para situações nas quais o Poder Judiciário não pretende ingressar em rota de conflito político com o Congresso Nacional, isso é, o mesmo também pode ser utilizado estrategicamente, sem a necessidade de expor o julgador como alguém que não pretende decidir, pois nesses casos, o fundamento apresentado é apenas uma posição de respeito as maiorias momentâneas do Poder Legislativo Federal. Isso mesmo em situações nas quais exista um consenso crescente de uma possível divergência entre as maiorias que aprovaram o texto originário da Constituição de 1988 e as mudanças robustas ocorridas até então.

### **3.3.4 Sobre a composição do Supremo Tribunal Federal no período entre 2011-2019**

O presente trabalho foi desenvolvido a partir da perspectiva teórica do neoinstitucionalismo, que tem como objeto a análise as instituições, sem desconsiderar as dimensões subjetivas dos seus membros. Conforme já apontado, a pesquisa procurou se afastar de perspectivas que tentam estabelecer relações de hierarquia entre esses marcos teóricos, pois considera-se que tais questões são resolvidas a partir da formulação do problema de cada pesquisa.

Assim, mesmo sendo inegável que existem períodos nos quais ocorre a predominância de uma entre essas duas correntes de análise do Poder Judiciário, a saber, o



comportamentalismo e o institucionalismo, se optou pela análise neoinstitucionalista que reconhece as instituições como possibilidades e limites as atuações humanas, sem desconsiderar a realidade de que as instituições são formadas por indivíduos. Tal opção também deriva do fato de tal pesquisa encontrar-se inserida em um campo de análise do Direito Constitucional e ter o debate sobre o papel do Poder Judiciário na separação dos poderes do Estados democráticos contemporâneos como central.

Não é demasiado lembrar que no período selecionado, o Supremo Tribunal Federal possui como característica uma composição na qual os seus ministros expressavam posições com vieses mais expansivos em relação ao Poder Judiciário. A saber, seja por escritos e doutrina, ou até mesmo por entrevistas de jornais e das próprias decisões, é possível identificar a defesa de um Poder Judiciário com tendência protagonista em relação aos demais poderes da República (CAMPOS, 2014; VIEIRA; GLEZER, 2017).

Nesse caso, importa ressaltar, que tais afirmações desta pesquisa não resultam de descobertas sobre verdades encobertas, apenas o registro de posição que muitos desses ministros voluntariamente expõem nas suas mais variadas formas de comunicação.

Assim, é possível indicar ministros que expressavam posicionamentos de uma atuação mais expansiva do Poder Judiciário em relação a separação dos poderes, destacadamente, o Ministro Celso de Mello, Ministro Luiz Fux e o Ministro Luís Roberto Barroso.

Outra classificação que também merece registro, baseada em fatos notórios e de ampla divulgação, diz respeito aos ministros que expressavam uma concepção da atuação do Supremo Tribunal Federal mais convergente aos demais poderes da República, destacadamente a Ministra Carmem Lucia e o Ministro Dias Toffoli, que tiveram suas respectivas Presidências no Supremo Tribunal Federal marcadas por tentativas de formação de pactuações com os demais poderes, a primeira em relação do Governo de Michel Temer, e o segundo em relação ao Governo de Jair Bolsonaro, o que pode sugerir uma tendência a redução das funções contramajoritárias do Supremo Tribunal Federal em relação ao sistema político majoritário.

Nesse sentido, se faz necessário o registro da composição dos membros do Supremo Tribunal Federal no período entre 2011-2019, conforme consta no Quadro 12.

Quadro 13 – Classificação conforme período, presidência no Supremo Tribunal Federal e motivo da saída de seus membros

<b>PERÍODO</b>	<b>PRESIDÊNCIA</b>	<b>COMPOSIÇÃO</b>	<b>MOTIVO</b>
Período: 30/07/2010 a	Ministro César Peluso	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio;	Aposentadoria do Ministro Eros

02/03/2011		Ministra Ellen Gracie; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Ayres Britto; Ministro Joaquim Barbosa; Ministro Ricardo Lewandowski; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli.	Roberto Grau em 02 de agosto de 2010.
Período: 03/03/2011 04/08/2011	a Ministro César Peluso	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio; Ministra Ellen Gracie; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Ayres Britto; Ministro Joaquim Barbosa; Ministro Ricardo Lewandowski; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli; Ministro Luiz Fux	Posse do Ministro Luiz Fux em 11 de fevereiro de 2011.
Período: 05/08/2011 18/12/2011	a Ministro César Peluso	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Ayres Britto; Ministro Joaquim Barbosa; Ministro Ricardo Lewandowski; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli; Ministro Luiz Fux	Aposentadoria da Ministra Ellen Gracie em 08 de agosto de 2011.
Período: 19/12/2011 18/04/2012	a Ministro César Peluso	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Ayres Britto; Ministro Joaquim Barbosa; Ministro Ricardo Lewandowski; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber	Posse da Ministra Rosa Weber em 19 de dezembro de 2012
Período: 19/04/2012 30/08/2012	a Ministro Ayres Brito	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio; Ministro César Peluso; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Ayres Britto; Ministro Joaquim Barbosa; Ministro Ricardo Lewandowski; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber	Início da Presidência do Ministro Ayres Brito em 19 de dezembro de 2012
Período: 31/08/2012 16/11/2012	a Ministro Ayres Brito	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Ayres Britto; Ministro Joaquim Barbosa; Ministro Ricardo Lewandowski; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber	Aposentadoria do Ministro César Peluso em 31 de agosto de 2012
Período: 22/11/2012 28/11/2012	a Ministro Joaquim Barbosa	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Ricardo Lewandowski;	Início da Presidência do Ministro do Joaquim Barbosa,

		Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber	com eleição em 10 de outubro de 2012  Aposentadoria do Ministro Ayres Brito em 16 de novembro de 2012
Período: 29/11/2012 25/06/2013	a Ministro Joaquim Barbosa	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Ricardo Lewandowski; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber; Ministro Teoria Zavascki	Posse do Ministro Teori Zavaschi, em 29 de novembro de 2012
Período: 26/06/2013 30/07/2014	a Ministro Joaquim Barbosa	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Ricardo Lewandowski; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber; Ministro Teoria Zavascki; Ministro Luis Roberto Barroso	Posse do Ministro Luís Roberto Barroso
Período: 10/09/2014 15/06/2015	a Ministro Ricardo Lewandowski	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber; Ministro Teoria Zavascki; Ministro Luis Roberto Barroso	Início da Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski
Período: 16/06/2015 11/09/2016	a Ministro Ricardo Lewandowski	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber; Ministro Teoria Zavascki; Ministro Luis Roberto Barroso; Ministro Edson Fachin	Posse do Ministro Edson Fachin
Período: 12/09/2016 19/01/2017	a Ministra Carmem Lúcia	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber; Ministro Teori Zavascki; Ministro Luis Roberto Barroso; Ministro Edson Fachin	Início da Presidência da Ministra Carmem Lucia
Período: 20/01/2017 21/03/2017	a Ministra Carmem Lúcia	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes;	Falecimento do Ministro Teori Zavaschi

		Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber; Ministro Luis Roberto Barroso; Ministro Edson Fachin	
Período: 22/03/2017 a 12/09/2018	Ministra Carmem Lúcia	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber; Ministro Luis Roberto Barroso; Ministro Edson Fachin; Ministro Alexandre de Moraes	Posse do Ministro Alexandre de Moraes
Ministra Carmem Lúcia	Ministro Dias Toffoli	Ministro Celso de Mello; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber; Ministro Luis Roberto Barroso; Ministro Edson Fachin; Ministro Alexandre de Moraes	Início da Presidência do Ministro Dias Toffoli em 13.09.2018

Fonte: elaborado pelo autor com base nas informações do STF.

No presente caso, ainda que o recorte comportamentalista não tenha sido objeto de enfoque da pesquisa, sabidamente na perspectiva do neoinstitucionalismo, as características pessoais dos julgadores também são elementos de impacto no processo decisório, inclusive nas análises inferenciais foi possível tal constatação.

No Brasil, a partir dos anos 2000 é reconhecida a indicação e nomeação de ministros com posições mais expansivas sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, sendo o caso dos ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, que são exemplos emblemáticos.

O objetivo desse tópico foi registrar informações que a despeito de não possuírem inferência quantitativa robusta, possuem importância de viés qualitativo, e que merecem ficar registradas pela possibilidade de ensejarem novos aportes analíticos no futuro.

## CONCLUSÃO

Em obra clássica sobre as Teorias Democráticas, Robert Dahl (2006) escreveu que o regime democrático é a conciliação entre princípios antagônicos. Segundo o autor, isso pode ser uma virtude na vida social, mas não é necessariamente uma virtude na teoria social.

No campo da produção científica do Direito, o reconhecimento que os tribunais se encontram inseridos em uma institucionalidade democrática implica em apontar que a análise do processo decisório não pode ser restrita à hermenêutica jurídica e a dimensão normativa de justificação das instituições, pois da inserção dos tribunais nessa chave resulta a indissociável relação entre o Direito e a Política como elementos para a melhor compreensão do comportamento decisório.

Outra consequência desse reconhecimento é de ordem epistêmica, pois nem sempre haverá uma correspondência entre as expectativas produzidas pelas teorias normativas e os resultados do comportamento decisório dos membros do Poder Judiciário. Tal resultado não é necessariamente um problema teórico, mas sim de método, pois se o objetivo do empreendimento científico é a análise dos tribunais em regimes políticos democráticos, é necessário que a metodologia esteja adequada a esses objetivos, como também aos seus limites epistêmicos.

A pesquisa teve como objeto a análise do comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal em relação aos processos legislativos federais (2011-2019), tendo como expectativa que tal delimitação auxilie na compreensão das relações do Poder Judiciário com o Poder Legislativo.

O problema principal formulado para a pesquisa pode ser resumido da seguinte forma: considerando o debate normativo sobre as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, como é possível descrever e analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de jurisdição constitucional sobre processo legislativo federal no período entre 2011 a 2019? E, como perguntas secundárias, foram apresentadas as seguintes: Quais os principais argumentos dispostos pela doutrina do Direito Constitucional contemporâneo referente às relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo? A dificuldade de definição da supremacia nas relações entre os poderes está relacionada ao desenho constitucional contemporâneo? Considerando elementos selecionados, quais são as variáveis independentes de maior impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre processo legislativo?

O trabalho se desenvolveu a partir do delineamento dos modelos institucionais dos Estados democráticos contemporâneos, com destaque para a ampliação dos direitos políticos e

sociais e, ainda, o aumento do pluralismo, resultando em uma instabilidade dos regimes na primeira metade do século XX, que ensejou o fortalecimento do Poder Judiciário, via controle de constitucionalidade, na segunda metade do mesmo século, como tentativa de manutenção e estabilização desse regime político.

Tal fenômeno encontrou amplo respaldo de fundamentação nas teorias normativas a partir da projeção dos tribunais constitucionais como responsáveis pela guardiania da Constituição, em uma clássica aproximação demasiada entre supremacia da Constituição com a supremacia dos Tribunais.

O argumento do primeiro capítulo encontra-se fundado no reconhecimento que o desenho do Estado Democrático de Direito contemporâneo impede uma definição apriorística sobre qual o poder da República deve ser o responsável pela definição da última palavra sobre questões de alto dissenso, sejam decorrentes do campo dos direitos civis, mas, sobretudo, em relação ao campo dos direitos sociais, em função da complexidade institucional do Estado de Bem-Estar Social e amplitude da demanda por direitos.

A saber, as expectativas em torno desse modelo de Estado não seriam resolvidas exclusivamente com base em métodos de interpretação do Direito, de modo que faz necessário dois tipos de mudanças de perspectiva.

A primeira, no sentido de reaproximar as teorias normativas dos resultados das pesquisas empíricas, não como fonte exclusiva de validação, mas como direcionamento possível das principais questões a serem elaboradas, ou ao menos para se evitar um aprofundamento da insularidade do campo do Direito em relação aos demais campos das Ciências Sociais que se dedicam às análises institucionais.

A segunda consequência é o esforço mais claro de integração de análise do Poder Judiciário em relação ao sistema político, no trabalho desenvolvido, junto ao Poder Legislativo, com todos os limites e potencialidades que esse redirecionamento possui.

O trabalho apontou a importância de uma perspectiva relacional entre os poderes, na qual a legitimidade democrática indique no conceito de representação política um peso robusto das expectativas em torno do Poder Legislativo, mas reconhece a relevância do Poder Judiciário como um elemento balizador e garantidor da manutenção dos elementos nucleares do regime democrático.

A perspectiva interinstitucional depende de instrumentos próprios de análise, que evitem um enfoque insular sobre o Poder Judiciário com os demais poderes, e ao mesmo tempo considere a necessidade de justificações das instituições jurídicas. Assim, o trabalho apresentou o controle de constitucionalidade como um objeto de fronteira entre os campos do

Direito e da Ciência Política, dependente de elaborações metodológicas próprias para a construção de pontes entre as teorias normativas do Direito a respeito dos desenhos dos tribunais constitucionais e os resultados das pesquisas empíricas desses tribunais em funcionamento.

Com isso, no segundo capítulo foi feita uma revisão de conceitos correlatos às análises do Poder Judiciário e de suas relações com os demais poderes. Nesse ponto foram expostos debates que envolvem o exercício contramajoritário desse poder nas democracias contemporâneas, como também conceitos que mobilizaram os analistas na década de 90 e início dos anos 2000, como o ativismo judicial, o minimalismo judicial e a judicialização da política, apontando aqueles já identificados atualmente como superados, como também os outros que possuem potencial de maiores desenvolvimentos. Ao final do segundo capítulo foram apresentados dois marcos teóricos que se acredita que podem ensejar uma mudança de perspectiva na análise do Poder Judiciário na Teoria da Constituição, a jurisprudência política de Martin Shapiro (1986) e o institucionalismo estratégico de Lee Epstein (2016).

O argumento no segundo capítulo foi que o excesso de perspectiva liberal na análise dos Tribunais Constitucionais tem dificultado uma compreensão mais adequada sobre como o Tribunal se relaciona com os demais poderes da República. A saber, nem só de contramajoritarismo se expressa o Supremo Tribunal Federal, nesse ponto, retomando importante artigo de Robert Dahl (1957), indica-se que existe uma tendência de o Poder Judiciário convergir com o sistema político majoritário, afastando-se da posição de independência desse órgão em relação aos poderes eleitos.

Assim, é possível apontar que a função de guardião da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal é exercida com a consideração das maiorias de cada legislatura, e que o tribunal faz uma mediação entre a guarda da constituição, exercida via controle de constitucionalidade, e a necessidade de uso estratégico de seu poder de anulação das leis aprovadas por membros de um poder eleitoralmente conquistado.

A proposta é de uma mudança de perspectiva na compressão do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo, em convergência com a posição de Martin Shapiro (1966), inserindo aquele como parte do sistema político. De modo que o uso e exercício das competências de anulação da legislação é submetido a critérios de não abuso de tais competências e também por critérios estratégicos.

Em conclusão, é necessário registrar que a relação do Poder Judiciário com o Poder Legislativo não é passível de depuração com base exclusivamente no desenho constitucional, pois é fundamental analisar os dados desses órgãos em funcionamento, do que decorre o

reconhecimento de uma dinâmica que observa várias regras. E, também, essas relações não são unívocas, pois elas podem ser de convergência, divergência, acomodação institucional e até mesmo de conflitos.

Desse modo, a chave de análise apresentada por Robert Dahl (1957) não pode ser lida em um sentido unidirecional, como se o Poder Judiciário tivesse tendência à convergência e indistinção em o sistema político de forma regular, mas sim enquanto uma força centrípeta exercida sobre os Tribunais Superiores para o acompanhamento dos órgãos majoritários, mas que apresenta movimentos de irregularidade.

Assim, a análise recaiu sobre o papel do Poder Judiciário no desenho do Estado contemporâneo, no recorte sobre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional (2011—2019). Destaca-se que essas relações possuem uma dinâmica que muito dificilmente pode ser enquadrada sob uma única regra da Corte, situação potencializada pelas várias competências exercidas pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa conclusão, o comportamentalismo e o institucionalismo parecem se complementar no esforço de identificação de variáveis que possam melhor descrever e explicar o funcionamento dessa relação.

A qualificação da pesquisa empírica na seara do Direito se apresenta incontornável para, primeiro, aperfeiçoar a qualidade da descrição dos fenômenos e, posteriormente, obter melhor qualidade nas suas análises.

O estudo concluiu que as relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional distanciam-se em muito do modelo, estereotipado, de poderes majoritários, Poder Legislativo e Poder Executivo, e poder contramajoritário, o Poder Judiciário.

Se é muito difícil uma definição peremptória, a pesquisa empírica apresentada no terceiro capítulo identificou que a força pela convergência exercida pelas maiorias do Poder Legislativo tem impacto no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal, o que fica demonstrado pelo baixo número de ações diretas de inconstitucionalidades julgadas como procedentes, como também um número de mandados de segurança deferidos de pouca expressão quantitativa.

Ocorrendo a impossibilidade de uma definição da função da Corte em relação ao sistema político majoritário, cabe aos pesquisadores o desenvolvimento de metodologias que possam auxiliar na descrição e diagnósticos parciais sobre as relações da Corte com os demais poderes, no caso em tela, o Poder Legislativo.



Com isso, no último capítulo foi feito um relatório da pesquisa empírica desenvolvida, que contou com apoio na inteligência artificial, software R-Studio, para análises probabilísticas como também a leitura humana das decisões judiciais selecionadas.

Comumente as pesquisas sobre o Supremo Tribunal Federal visam desvendar como o órgão decide determinados temas. Na presente pesquisa, o objetivo foi identificar variáveis que influenciam no seu processo de tomada de decisão, a resultar nas probabilidades de trâmite processual até uma decisão e seus resultados de procedência e improcedência.

Nesse ponto é importante destacar que a análise probabilística não é uma análise de acerto, mas sim uma análise de direção em relação a influência entre variáveis e concausas.

Em relação a isso, no decorrer da leitura humana verificou-se que em um número grande de casos, o Supremo Tribunal Federal não ingressa no mérito para a extinção das ações, isso é, são várias possibilidades processuais nas quais as ações são extintas sem análise do mérito, por perda do objeto, por negação do seguimento e que tais. Desta forma, optou-se por agrupar essas hipóteses sob a nomenclatura de não decisões - ND.

Tais possibilidades ocorreram em várias ações junto ao órgão do Poder Judiciário já analisado, por outro lado, em se tratando do controle de constitucionalidade como um processo objetivo, identificou-se que em situações ordinárias, quando há uma decisão de mérito, inegavelmente o Supremo Tribunal Federal posiciona-se em relação a manutenção ou exclusão daquela lei do ordenamento jurídico.

Importa notar, nas hipóteses de não decisões, o resultado da decisão do Supremo Tribunal Federal, praticamente, redonda na manutenção da lei que foi impugnada. Assim, nas mais variadas hipóteses, quando uma ação é extinta sem análise do mérito, o resultado é a preservação da lei impugnada no ordenamento jurídico brasileiro.

O próximo passo foi verificar se é possível identificar um maior número de não decisões a depender do tema do processo legislativo em trâmite, porque isso nos permitiria afirmar que o Supremo Tribunal Federal faz um uso estratégico dessas hipóteses que considera a temática do processo legislativo para a extinção do processo sem análise do mérito, seja porque isso evitaria uma tendência conflitiva com o Congresso Nacional e um desgaste da instituição junto ao debate público.

Verificou-se que o tema dos direitos sociais – DS em que pese apresente relevância quantitativa na amostragem, o tema não apresentou inferência no resultado das ações extintas sem julgamento do mérito, sendo essa inferência menor do que a hipótese inicial do trabalho, resultando em sua não verificação.

Em análise de outra variável, referente aos argumentos de inconstitucionalidade utilizados e o seu impacto no comportamento decisório, a modelagem indicou que existe uma diferença quantitativamente robusta entre o uso de uma espécie de inconstitucionalidade, conforme já relatado em resultados que indicam a pertinência deste tipo de pesquisa.

A pesquisa empírica integrou na base de dados tanto as ações diretas de inconstitucionalidade quanto os mandados de segurança. Os dados produzidos são indicativos de uma robusta diferença do comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal em relação a essas duas formas de acionamento.

O baixíssimo número de mandados de segurança apreciados e deferidos, considerando os filtros da pesquisa, sugerem que dificilmente tal comportamento poderia ser enquadrado como ativista. Dentro do recorte das liminares deferidas, destaca-se a grande semelhança dos casos, envolvendo a apresentação de emendas na Casa Revisora e não submissão das mesmas à Casa Iniciadora, o que pode indicar um padrão de comportamento dentro dessa exceção, sem expressão quantitativa robusta. Essa conclusão está relacionada à opção metodológica quantitativista adotada, com as possibilidades e limites já indicados, uma análise qualitativa de cada uma dessas decisões de concessão da segurança poderiam chegar a conclusões distintas desde que fossem apresentados critérios de aferição confiáveis, de modo a se evitar o superdimensionamento de uma decisão do tribunal em detrimento à uma grande quantidade em sentido oposto.

Por outro lado, em sede de ações diretas de inconstitucionalidade, é necessário se registrar que as poucas decisões em liminar por intervenções robustas no trâmite do processo legislativo e, conseqüentemente, no funcionamento do Congresso Nacional, tenham tido como fundamentação argumentos de inconstitucionalidade material. Inclusive, com a apresentação de argumentos que são recorrentes nesse tipo de ação, com obtenção na mais ampla maioria de decisões por improcedência, mas que nessas ações tiveram um resultado, quantitativamente pequeno, de procedência.

Inegavelmente, esses registros indicam um campo de imprevisibilidade no comportamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem expressão quantitativa.

Nas análises das variáveis com maior destaque, foi apresentado o argumento de inconstitucionalidade, se material ou formal, ou proporcionados conjuntamente, como expressiva a ser considerada no comportamento decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Uma possibilidade para a compreensão desse fenômeno diz respeito às diferenças interpretativas da norma jurídica correlatas a cada um desses argumentos de

inconstitucionalidade, os argumentos materiais com bem mais amplitude do que os argumentos formais.

Como também a espécie do ato normativo judicializado, que foi relacionado com as características do processo legislativo, marcadamente os maiores rigores dos processos legislativos especiais em relação ao processo legislativo comum. Nesse quesito, as características desse processo, e a importância das suas alterações no ordenamento jurídico seriam fatores incidentes em um número maior de pontos de veto e também no seu exercício pelo Supremo Tribunal Federal, o que pode explicar, salvo melhor juízo, as diferenças das razões de chance de cada ato legislativo no referente a possibilidade de trâmite até uma análise de mérito.

A motivação do presente trabalho foi a tentativa de contribuição em um campo de pesquisa que é caro ao debate constitucional, o foco principal foi uma discussão de caráter metodológico para a compreensão das relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, no período recortado.

Se a mudança de perspectiva proposta desloca inúmeras expectativas da deontologia sobre o funcionamento do Poder Judiciário, por outro lado, a mesma permite outros questionamentos relevantes sobre as relações entre esses dois poderes que são essenciais ao funcionamento e legitimidade do Estado contemporâneo.

O trabalho afastou-se de perspectivas sobre como o Supremo Tribunal Federal deveria proceder ao julgamento das pautas a ele submetidas para dar preferência a análises mais realistas e céticas sobre as relações entre os poderes.

A perspectiva neoinstitucionalista, compartilhada por Martin Shapiro (1986) e Lee Epstein (2016), e as questões fundantes das Teorias Democráticas apontadas por Robert Dahl (2017), ensejaram o reconhecimento de que as variantes no processo decisório ultrapassam uma análise excludente e binominal entre critérios institucionais e critérios comportamentalistas.

Ao final do terceiro capítulo, a mudança de perspectiva proposta se direcionou para o reconhecimento de que o Poder Judiciário é um espaço de desenvolvimento do conflito político, e que o Supremo Tribunal Federal pode se portar tanto como órgão que soluciona os conflitos a ele submetidos pelo fenômeno da judicialização da política, mas também como ator político, pelo potencial do exercício do seu veto e pela possibilidade de que as suas decisões são perpassadas por interesses dos próprios julgadores, ou daqueles que serão impactados por elas.

A compreensão sobre como os poderes da República se relacionam em recortes historicamente dados, se não visa apresentar um modelo de equilíbrio perfeito, ao menos serve para o registro sobre como questões fundantes da institucionalidade democrática são resolvidas em contextos específicos.

O que não deixa de ser também um registro sobre o próprio funcionamento da institucionalidade democrática, em suas melhores potencialidades e também nos seus maiores vícios.

## REFERÊNCIAS

- AGRESTI, Alan; FINLAY, Bárbara. **Métodos estatísticos para as Ciências Sociais**. 4 ed. Porto Alegre: Pensa. Porto Alegre: Pensa, 2012.
- ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, p. 572-581, October 2005.
- ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil**. 2010. 329f. Tese (Doutorado em Direito) da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2010.
- ANDRADE, Mariana Dionísio de. A utilização do sistema R-Studio e da jurimetria como ferramentas complementares à Pesquisa Jurídica. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 2, p. 680-692, 2018.
- ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário & Política no Brasil**. São Paulo: F. E. IDESP, 1997.
- ARAÚJO, Mateus Morais. **Comportamento estratégico no Supremo Tribunal Federal**. 2017. 106f. Tese (Doutorado em Ciência Política) da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG, 2017.
- ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing Control without Docket Control: How Individual Justices Shape the Brazilian Supreme Court's Agenda. **Journal of Law and Courts**, v. 5, n. 1, p. 105-140, 2017.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 46, p. 121-155, jan./jun. 2015.
- AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 15, p. 69-94, set./dez. 2014.
- BARBETTA, Pedro Alberto. **Estatística aplicada às Ciências Sociais**. 5 ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.
- BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. **O silêncio dos incumbentes: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil**. Tese (Doutorado em Ciência Política) do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Pernambuco. Recife: UFPE, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. São Paulo: Editora FGV, 2017, p. 25-78.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BELLO, Enzo; FALBO, Ricardo Nery. **Pesquisa empírica do Direito na atualidade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora CEEJ, 2021.



Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. **Resolução do Congresso Nacional nº 1, de 1970 - Regimento Comum**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988b.

BRASIL. Senado Federal. **Resolução do Senado Federal 93 - Regimento Interno**. Brasília: Senador Federal, 1970.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4917 DF**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ: 05 jul. 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23913863/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4917-df-stf>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5017 DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 9 set. 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24143940/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5017-df-stf>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4425 DF**. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. DJ: 14 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 20.257 DF**. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 08 out. 1980. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046). Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 22.503-3 DF**. Relator: Marco Aurélio de Mello. DJ: 13 abr. 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85766>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.642-1/DF**. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 18 fev. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2163323>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 30.589 DF**. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 10 maio 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho204948/false>. Acesso em: 07 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 32.033 DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 20 jun. 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4397298> BRASIL acesso dia 06 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 32.036 DF**. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 10 maio 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23223597/medida-cautelar-em-mandado-de-seguranca-ms-32036-df-stf>. Acesso em: 07 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 32.037 DF**. Ministro Gilmar Mendes. DJ: 10 maio 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2832036%29%2832036%2ENUME%2E+OU+32036%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yct8skh9>. Acesso em: 07 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 33.615 DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 06 jun. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho528217/false>. Acesso em: 07 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 33.697 DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 15 fev. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2833696%29%2833696%2ENUME%2E+OU+33696%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=>. Acesso em: 07 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 34.530 DF**. Relator: Ministro Luis Fux. DJ: 14 dez. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2834530%29%2834530%2ENUME%2E+OU+34530%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yb8j9gm6>. Acesso em: 07 out. 2018.

BRINKS, Daniel M.; BLASS, A. **DNA of constitutional justice of Latin America: Politics, governance, and judicial desing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

BUENO, Roberto. Antiliberalismo e conservadorismo teológico: de Donoso Cortés a Carl Schmitt. In: **Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar: Tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen**. São Paulo: LiberArs, 2017.

BUSSIERE, Elizabeth. The Supreme Court and the development of the Welfare State: Judicial Liberalism and the problem os welfare rights. In: **Supreme court decision-making: new institutionalist approaches**. Chigado and London: The University of Chigago Press, 1999.

BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda Godoi. Jurisdição constitucional na Era Cunha: Entre O passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal. **SSRN Electronic Journal**, v. 7, p. 346-388, 2015.

CALDWELL, Peter. C. **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism**. Duke University Press Books: Carolina do Norte, 1997.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As dificuldades em se quantificar o qualitativo. **Revista de Direito do Estado**, n. 22, jan./mar. 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social**, n. 44, p. 313-335, 2009.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, p. 147-156, 1997.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea. São Paulo: Meraki, 2020.

CLAYTON, Cornell W. The Supreme Court and political jurisprudence: new and old institutionalisms. In: **Supreme court decision-making**: new institutionalist approaches. Chigago: University of Chigago Press, 1999.

DAHL, Robert Alan. “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker”. **Journal of Public Law**, n. 6, pp. 279–295, 1957.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert. **A Preface to Democratic Theory**. Chicago: University of Chicago, 2006.

DE ARAGÃO, João Carlos Medeiros. **Judicialização da política no Brasil**: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional. Brasília: Edições Câmara, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Reforma trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017.

DRUCK, Graça; DUTRA, Renata; SILVA, Selma Cristina. A contra reforma neoliberal e a terceirização: a precarização como regra. **Caderno CRH**, v. 32, n. 86, p. 289-306, 2019.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: M. Fontes, 2016.

EPSTEIN, Lee. Foreword. In: MURPHY, Walter F. **Elements of Judicial Strategy**. Chicago: University of Chicago Press, 2016. E-book.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Institutionalizing Constitutional Democracy. A Strategic Analysis of the Role of Courts. In: MORRIS, Irwin Lester *et al.* **Politics from anarchy to democracy: rational choice in Political Science**. California: Stanford University Press, 2004.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The choices justices make**. 1 ed. Whashington, DC: QC Press, 1997.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. Supreme court as a strategic national policymaker. **Emory Law Journal**, v. 315, n. 1957, p. 583-611, 1989.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, O. The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government. **Law & Society Review**, v. 35, n. 1, p. 1-53, 2001.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. **An introduction to empirical legal research**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da. **Minorias, processo legislativo e judicialização**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

FALCONI, Ivan Furlan. **Tricameralismo à brasileira?** Expansão do controle preventivo de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) da Faculdade IDP. Brasília: IDP, 2018.

FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-68, 2002.

FEREJOHN, John; FRIEDMAN, Barry. Toward a political Theory os constitutional default rules. **Florida State University Law Review**, v. 87, p. 825-860, 1993.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review Texas Law Review The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, p. 257-337, 2005.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. **Courting social justice: judicial enforcement o social and economic rights in the developing world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GIBSON, James L. From simplicity to complexity: The development of theory in the study of judicial behavior. **Political Behavior**, v. 5, n. 1, p. 7-49, 1983.

GILLMAN, Howard. Martins Shapiro and the movement from “old” to “new” institutionalist studies in public law scholarship. **Annu. Rev. Polit. Sci.**, p. 363-382, 2004.

GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. **Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches**. Chigago/London: The University of Chigago Press, 1999.

GOMES NETO, José Mário Wanderley et al. Litígios esquecidos: Análise empírica dos processos de controle concentrado de constitucionalidade aguardando julgamento. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 4, n. 2, p. 75-86, 2017.

GOMES NETO, José Mario Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Explorando o maravilhoso mistério do tempo. In: Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 10., 2016, Belo Horizonte. **Anais [...]** Belo Horizonte: ABCP, 2016.

GRABER, Mark A. Constitutionalism and Political Science: Imaginative Scholarship, Unimaginative Teaching. **Perspectives on Politics**, v. 3, n. 1, p. 135-148, 2005a.

GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. **Annual Review of Political Science**, v. 8, n. 1, p. 425-451, 2005b.

GRABER, Mark A. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. **Studies in American Political Development**, v. 7, p. 35-73, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. Vol e II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, J. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

HERMOSO, Borja. Entrevista Jürgen Habermas: “Não pode haver intelectuais se não há leitores”. **El País**, 08 maio 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/25/eps/1524679056\\_056165.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/25/eps/1524679056_056165.html). Acesso em: 07 jan. 2021.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, n. 139, 2013.

HOUAISS, Livia Pitelli Zamarian. **Reclamação constitucional e recalcitrância judicial na medida das decisões do Supremo Tribunal Federal**. Tese de Doutorado. Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito. Niterói: UFF, 1999.

INATOMI, Celly Cook. **A atuação do Poder Judiciário nas políticas de erradicação do trabalho escravo rural no Brasil contemporâneo**. Tese de Doutorado em Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas: UNICAMP, 2016.

INATOMI, Celly Cook. Abordagens teóricas na Pesquisa Empírica sobre o Poder Judiciário: diálogos, pontes, híbridos. In: KOERNER, Andrei. **Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017.

INATOMI, Celly Cook. **As análises políticas sobre o Poder Judiciário**: lições da ciência política norte-americana. Campinas: Editora UNICAMP, 2020.

JESUS FILHO, José de. **Administração penitenciária**: o controle da população carcerária a partir da gestão partilhada entre diretores, judiciário e facções. Tese de Doutorado. Escola de Administração em Empresas de São Paulo. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2017.

JESUS FILHO, José de. **STF: Provides Functions to Collect and Manipulate Brazilian's Supreme Court Decisions**. 2021. Disponível em: <https://jjesusfilho.github.io/stf/>. Acesso em: 10 maio 2021.

KAPISZEWSKI, Diana. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. **Law and Society Review**, v. 45, n. 2, p. 471-506, 2011.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KERSTENETZKY, Célia Lessa. **O Estado de Bem-Estar na Idade da Razão**: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

KLEIN, Claude. **De los espartaquistas al nazismo**: La República de Weimar. Barcelona: Editora Península, 1970.

KOERNER, Andrei. **A Ordem Constitucional da República**: uma análise política da jurisdição constitucional no Brasil (1889-1926). Tese (Doutorado em Ciência Política) da Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Campinas: UNICAMP, 2015.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Ligia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Revista Lua Nova**, v. 88, p. 141-184, 2013.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises da judicialização e seus significados. **Revista Lua Nova**, v. 57, p. 113-133, 2002.

KREIN, José Dari. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista. **Tempo Social**, v. 30, n. 1, 2018.

KRITZER, Herbert. Anticipating the New Institutionalism: The Pioneering Work of Martin Shapiro. In: **The Pioneers of Judicial Behavior**. University of Michigan Press, 2003. p. 387-417.

LESSA, Renato. Seminários - Fórum Senado Brasil 2012 - Representação Política: Fundamentos e Dilemas - Bloco 1. **TV Senado**, 2012. (1h29m38s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-49FwCJTYFU&t=1409s>. Acesso em: 19 jul. 2021.

LIJPHART, Arendt. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mario Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 1, p. 221-247, 2018.

LIMONGI, Fernando de Magalhães Papaterra. **O Federalista**: remédios republicanos para males republicanos. **Os clássicos da política**, 2002.

LIMONGI, Fernando. FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. São Paulo: FGV, 1999.

LIMONGI, Fernando. FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. **Política orçamentária no presidencialismo de coalizão**. São Paulo: Editora FGV, 2008.

MACHADO, Máira Rocha. **Pesquisar empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos do Direito, 2017.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, J. **Os artigos federalistas (1787-1788)**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAHONEY, James; GOERTZ, Gary. A tale of two cultures: Contrasting quantitative and qualitative research. **Political Analysis**, v. 14, n. 3, p. 227-249, 2006.

MARTINS, Rodrigo. **Pontos de Divergência**: Supremo Tribunal Federal e comportamento judicial. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2018.

MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

MENDES, Conrado Hubner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MICHELMANN, Frank I. **Brennan and democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

MIGUEL, Luis Felipe. **Consenso e conflito na democracia contemporânea**. São Paulo: UNESP, 2017.

MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa**. São Paulo: UNESP, 2014.

MILLER, Mark Carlton; BARNES, Jeb. **Making policy, making law: An interbranch perspective**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

MILLS, Charles Wright. **A imaginação sociológica**. 6 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

MURPHY, Walter F. **Elements of Judicial Strategy**. Chicago: University of Chicago Press, 2016. E-book.

NERT JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NICOLAU, Jairo. **Representantes de quem? Os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2017.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos Estudos, CEBRAP**, v. 91, p. 05-20, 2011.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Ativismo Judicial, Moderação e o “Minimalismo Judicial” de Cass Sunstein. **Publica Direito**, 2015.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em *Der Hüter der Verfassung*. **DoisPontos**, v. 17, n. 2, p. 63-84, 2020.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e jurisdição: a compreensão procedimentalista do direito em Jurgen Habermas**. Tese (Doutorado em Direito) da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2006.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de.; SANTOS, Samuel Martins dos. Supremo Tribunal Federal como ator com poder de veto: uma análise a partir da obra de George Tsebelis. **Revista Quaestio Iuris**, v. 12, v. 3, p. 212-233, 2019.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MOURA, Suellen. Judicialização da política e poder legiferante: a ilegitimidade da interferência do Supremo Tribunal Federal na política nacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, n. 2, 2018.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 3, p. 1863-1908, 2017.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SILVA, Virgínia Ferreira da. Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação. **Sociologias**, p. 244-259, 2005.

OLIVEIRA, Fabiana. Luci de. **Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. São Paulo: FGV, 2011.

OLIVEIRA, M. A. C. de. Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3 ed. Rio de Janeiro.: Fórum, 2016.

PERETTI, Terri Jennings. **In defense of a political court**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PRITCHETT, C. Herman. **Congress versus The Supreme Court, 1957-1960**. Minnsota: University of Minnesota Press, 1961.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: o STF e a Ditadura Militar**. São Paulo.: Companhia das Letras, 2018.

REGO, Eduardo de Carvalho. **Superpoder judiciário: o papel do controle de constitucionalidade na consolidação da juristocracia no Brasil**. Tese de Doutorado. Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2018.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2, p. 1-21, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Algumas palavras sobre o papel da teoria do direito e da doutrina no Brasil. **Sociologia do Direito: teoria e práxis**. São Paulo: Editora FVG, 2015.

ROS, Luciano da. Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017.

ROS, Luciano da; TAYLOR, Matthew MacLeod. Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política. **Dados**, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Uma introdução ao estudo do sistema de justiça**. São Paulo: Sumaré, 1995.

SANTOS, Fabiano Guilherme Mendes. **O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão**. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ, 2003.

SANTOS, Samuel Martins dos. **Paradoxo da Primeira República no Brasil**: entre a ordem jurídica e a identidade nacional. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

SCHMITT, Carl. Teologia Política. In: **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996. p. 81-131.

SCHWARZ, Roberto. As ideias fora do lugar. In: SCHWARZ, Roberto. **Cultura e política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 59-83, 2001.

SHAPIRO, Martin. **Courts: A Comparative and Political Analysis**. Chicago e London: The University of Chicago Press, 1986.

SHAPIRO, Martin. Law and politics: the problem of boundaries. In: WHITTINGTON, Keith E; KELEMEN, R. Daniel. CALDEIRA, Gregory A. **The oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, p. 767-774, 2008.

SHAPIRO, Martin. Political Jurisprudence. **Kentucky Law Journal**, v. 52, p. 294-345, 1963. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2156&context=facpubs>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SHAPIRO, Martin. Recent Developments in Political Jurisprudence. **The Western Political Quarterly**, v. 36, n. 4, p. 541-548, 1983. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4485832>. Acesso em: 28 ago. 2013.

SHAPIRO, Martin. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

SILVA, Adriana Campos; SOUZA, Rafael Costa de. O Supremo Tribunal Federal e o processo legislativo constitucional: análise crítica da postura passivista procedimental adotada no julgamento do Mandado de Segurança no 22.503-3/DF. **Revista Da Faculdade de Direito**, v. 1, n. 36, 2017.

SILVA, Jeferson Mariano. **Jurisdição constitucional em Espanha (1981-1992) e Brasil (1988-1997)**. Tese (Doutorado em Ciência Política) do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2016.

SILVA, Jeferson Mariano. Mapeando o Supremo: As posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). **Revista Novos Estudos**, v. 37, n. 1, p. 35-54, jan./abr. 2018.

SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. **Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review**, v. 47, n. 1848, p. 371-455, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. et al. **Are judges political?** An empirical analysis of the Federal Judiciary. Washington: Brookings Institution Press. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. **Social Research**, v. 74, n. 1, p. 1-25, 2007.

SWEET, Alec Stone. **Governin with judges: constitutional politics in Europe**. New York: Oxford, 2002.

TATE, C. Neal; VALLINDER, T. **The Global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew M. **Judging policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. California: Stanford University Press, 2008.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados**, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, 1983.

TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto: como funcionam as instituições**. 1 ed. São Paulo: Editora FGV, 2019.

TUSHNET, Mark V. **Por qué la Constitución importa?** Externado: Universidad Externado, 2012.

TUSHNET, Mark V. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VERBICARO, Loiane Prado. Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

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

VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. Brasília: Saraiva, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política**. São Paulo, 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, R. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017.



WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Madrid: M. Pons, 2005.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

WHITTINGTON, Keith E. 2000 - Whittington - post behavioral approaches to judicial politics. **Law and Social Inquiry**, p. 601-634, 2000a.

WHITTINGTON, Keith E. In Defense of Legislatures. **Political Theory**, v. 28, n. 5, p. 690-702, 2000b.

WHITTINGTON, Keith E. Sober second thoughts: Evaluating the History of Horizontal Judicial Review by the U.S. Supreme Court. **Constitutional Studies**, v. 2, p. 97-116, 2016.

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