



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA POLÍTICA

CÁSSIO NUNES DE LIRA BRAGA

**DA ARENA LEGISLATIVA PARA A ARENA JUDICIAL:
a interferência do STF na pauta das casas legislativas**

DISSERTAÇÃO

Campina Grande
2019

CÁSSIO NUNES DE LIRA BRAGA

**DA ARENA LEGISLATIVA PARA A ARENA JUDICIAL:
a interferência do STF na pauta das casas legislativas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Orientador: Prof. Dr. Leon Victor de Queiroz Barbosa.

Campina Grande

2019

B813d

Braga, Cássio Nunes de Lira.

Da Arena Legislativa para a Arena Judicial : a interferência do STF na pauta das Casas Legislativas / Cássio Nunes de Lira Braga. – Campina Grande, 2019.

101 f. : il.

Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Humanidades, 2019.

"Orientação: Prof. Dr. Leon Victor de Queiroz Barbosa".

Referências.

1. Judicialização da Política. 2. STF. 3. Pauta Legislativa. 4. QCA. I. Barbosa, Leon Victor de Queiroz. II. Título.

CDU 342.56:32(043)

CÁSSIO NUNES DE LIRA BRAGA

**DA ARENA LEGISLATIVA PARA A ARENA JUDICIAL:
a interferência do STF na pauta das casas legislativas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Aprovada em 28 de fevereiro de 2019.

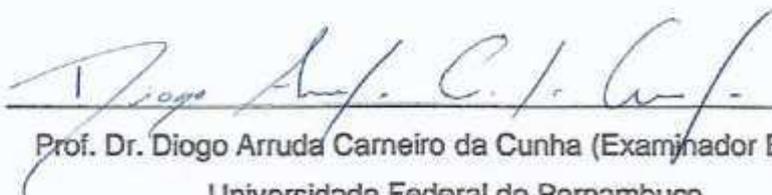
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Leon Victor de Queiroz Barbosa (Orientador)
Universidade Federal de Campina Grande



Prof. Dr. Mariana Batista da Silva (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco



Prof. Dr. Diogo Arruda Carneiro da Cunha (Examinador Externo)
Universidade Federal de Pernambuco

Para Milton Lira, meu avô, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

Em 2017 comecei o Mestrado em Ciência Política da UFCG e me deparei com um grande desafio, que foi o de iniciar o estudo de temáticas inéditas para mim. Alguém com formação em Direito enfrenta natural dificuldade ao lidar com o rigor científico da Ciência Política e com os temas complexos que a envolvem. Democracia, só para citar um exemplo, apesar de ser uma palavra com frequência usada, não é um tema tão simples e pacífico. Combinar os conhecimentos do Direito com os de Ciência Política dá uma sensação de completude intelectual. Longe de ter aprendido sobre Ciência Política como os diversos brilhantes cientistas políticos que por aí andam, como meu querido orientador Leon, considero que o meu aprendizado na área, ainda que diminuto, tornou-me uma pessoa mais completa e intelectualmente mais satisfeita. Todo estudante de Direito talvez devesse ter uma base sólida em Ciência Política. É algo fundamental e nobre. É motivo de orgulho ser *Cientista Político*. Eu preciso começar agradecendo à Universidade Federal de Campina Grande. Desde criança que ando pelos corredores dessa universidade, quando minha mãe Kátia me levava às terças às aulas da pianista Luciene. Minha coceira mental por conhecimento me permitiu começar a aprender piano, a falar alemão com a minha *Mutti* alemã Angela, e... concluir um mestrado em Ciência Política na UFCG. Sou muito grato por ser *alumnus* dessa instituição. Em consequência preciso agradecer aos professores de Ciência Política. Vocês foram fundamentais para que esse trabalho fosse concluído. Obrigado a vocês por todo o apoio. Meu querido orientador Leon, você ganhou um orientando e um admirador. Orgulhoso de vê-lo sempre a atender jornalistas. Aos membros da banca, obrigado muitíssimo pelo auxílio e pela disponibilidade em contribuir para o desenvolvimento do meu trabalho. Os funcionários da UFCG também fizeram parte dessa formação, e também só tenho a agradecer. Grato aos meus colegas de turma. Aos amigos que sempre me estimularam ao longo do mestrado: Elton, Brenda, Samuelson, Wind, Esy. Vocês se preocuparam comigo, e por isso agradeço. Aos meus familiares, mãe Kátia, pai Caudy, avó Luzia, aos meus irmãos Caio e Samuel, primas, obrigado por me apoiarem sempre. Sou muito grato pelos incentivos que já me fizeram ser *alumnus* não só da UFCG, mas da Uni-Heidelberg, Uni-Freiburg, UEPB e Fundação Getúlio Vargas. Vocês andam e andarão sempre comigo. A vida de estudante não acaba aqui. Eterno estudante, e sempre apaixonado por inteligência.

Mas o que vale a vida se o primeiro ensaio da vida já é a própria vida? É o que faz com que a vida pareça sempre um esquisso. Mas nem mesmo "esquisso" é a palavra certa, porque um esquisso é sempre o esboço de alguma coisa, a preparação de um quadro, enquanto o esquisso que a nossa vida é, não é esquisso de nada, é um esboço sem quadro. (Milan Kundera).

RESUMO

O presente trabalho se preocupou em saber quais as condições causais determinantes para que o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, interfira na agenda ou pauta das Casas Legislativas por meio de suas decisões. Esperava-se que existisse um alto grau de interferência do STF no Poder Legislativo quando do julgamento de ações originárias impulsionadas por atores, inclusive, da própria arena legislativa, especialmente quando tratassem de atos, omissões e trâmites das casas legislativas. Foi possível concluir que o Brasil tem toda uma estrutura para que o fenômeno da judicialização da política se desdobre: alta fragmentação partidária, baixa concentração legislativa, baixa confiança da população no Poder Judiciário, incerteza eleitora, presença de democracia, existência de uma Constituição Federal escrita que estabelece poderes de revisão constitucional tanto de forma difusa quanto de forma concentrada. A respeito da interferência do STF nas Casas Legislativas, verificou-se que a Suprema Corte se mantém reticente quando provocada para interferir em atos *interna corporis* do Legislativo. Quando a condição causal Comissão Parlamentar de Inquérito está presente, o Supremo é mais incisivo na interferência na pauta legislativa. A metodologia utilizada foi a Análise Qualitativa Comparativa (QCA), combinada com a metodologia de Estudo de Caso, e foram analisados oitenta (80) casos que poderiam ter interferido na pauta das Casas Legislativas (e alguns que, de fato, interferiram), e datam de 1980 a 2018.

Palavras-chave: Judicialização da Política. STF. Pauta Legislativa. QCA.

ABSTRACT

This work was concerned with determining the causal conditions for the Federal Supreme Court in Brazil (STF) to interfere in the agenda of Legislative Houses through its decisions. It was expected that there would be a high degree of interference by the STF in the Legislative Branch when judging the court lawsuits initiated by interested people, including legislative actors, especially when dealing with acts, omissions and proceedings of the Legislative Branch. It was possible to conclude that Brazil has a whole structure to have the phenomenon of the judicialization of politics: high party fragmentation, low legislative concentration, low confidence of the population in the Judiciary, election uncertainty, presence of democracy, existence of a written Federal Constitution which establishes powers of constitutional revision (in a diffused and concentrated way). Regarding the interference of the STF in the Legislative Houses, it was verified that the Supreme Court remains reticent when provoked to interfere in *interna corporis* acts of the Legislative Branch. When the causal condition “Parliamentary Commission of Inquiry” is present, the Supreme is more incisive in the interference in the legislative guideline. The methodology used was the Qualitative comparative analysis (QCA), combined with the Case Study methodology, and eighty (80) cases, from 1980 to 2018, which might have interfered in the Legislative Houses (and some which actually interfered) were analyzed.

Keywords: Judicialization of Politics. STF. Legislative Agenda. QCA.

LISTA DE FIGURAS

- Figura 1. O Modelo de Engrenagens Analíticas66
- Figura 2. Diagrama de Venn com Decisões com Deferimentos Parciais e Totais.....77

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Percentual de Confiança da População no Poder Judiciário na América Latina	51
Gráfico 2. Nível Médio de Revisão Judicial em Novas Democracias a partir da Concentração Legislativa e da Confiança no Judiciário pela População	52

LISTA DE QUADROS

Quadro 1. Principais Diferenças entre QCA e Técnicas Quantitativas	73
--	----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1. Fuzzy Values	70
Tabela 2. Resultado de Interesse.....	76
Tabela 3. Análise de Consistência e de Cobertura	81
Tabela 4. Análise de Consistência e de Cobertura	83
Tabela 5. Tabela Verdade	83

LISTA DE SIGLAS

ADC – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
ADI – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
ADPF – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
AgR – AGRAVO REGIMENTAL
BVerfG – BUNDESVERFASSUNGSGERICHT
CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CLT – CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO
CN – CONGRESSO NACIONAL
CP – COLEGIADA PARCIAL
CPI – COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO
CRFB – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CsQCA – CRISP SET QCA
CT – COLEGIADA TOTAL
DF – DISTRITO FEDERAL
DOU – DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO
EC – EMENDA CONSTITUCIONAL
EUA – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA
FsQCA – FUZZY SET QCA
HC – HABEAS CORPUS
MP – MEDIDA PROVISÓRIA
MP – MINISTÉRIO PÚBLICO
MS – MANDADO DE SEGURANÇA
MT – MONOCRÁTICA TOTAL
MvQCA – MULTI VALUE QCA
ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS
PCB – PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL
PEC – PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL
PL – PROJETO DE LEI
PLC – PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR
PSOL – PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE
QCA – QUALITATIVE COMPARATIVE ANALYSIS

RE – RECURSO EXTRAORDIÁRIO

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

UFCG – UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E OUTROS CONCEITOS	21
1.1 Interferência do Judiciário no Executivo e no Legislativo	26
2 A CRONOLOGIA DO EMPODERAMENTO JUDICIAL	30
2.1 As Ondas de Constitucionalismo na Inglaterra, Estados Unidos, França e América Latina	32
2.2 Os Ensinos da Segunda Guerra Mundial e Seus Desdobramentos na Judicialização da Política	36
2.2.1 A planificação dos direitos fundamentais: o Caso Lüth	39
2.2.2 A revisão judicial nos Estados Unidos: <i>Marbury versus Madison</i>	42
2.2.3 O controle de constitucionalidade europeu: <i>au commencement était Kelsen</i> ..	43
2.2.4 A mistura brasileira.....	45
2.2.5 Os elementos facilitadores da judicialização da política.....	46
2.2.5.1 A condição necessária, porém não suficiente para a judicialização da política: a democracia.....	55
3 DA ARENA LEGISLATIVA PARA A ARENA JUDICIAL: A ALTERNÂNCIA DE RINGUES.....	61
4 DESENHO DA PESQUISA	65
4.1 A Análise Qualitativa Comparativa (QCA)	68
4.2 As conexões entre metodologia, base empírica e teoria na presente pesquisa..	74
4.3 A metodologia QCA nessa pesquisa.....	75
4.3.1 A seleção dos casos	78
5 ANÁLISE DE DADOS	81
5.1 A Interferência do Judiciário na Pauta das Casas Legislativas	84
5.2 Análise de alguns casos.....	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS	91

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95
----------------------------------	----

INTRODUÇÃO

Os antigos já discorriam sobre as funções essenciais do Estado. Platão e Aristóteles falavam nas três funções essenciais do Estado, que seriam a legislativa, a judiciária e a executiva. Já mais para frente, Locke voltou a falar em tripartição de poderes, mas o judiciário não poderia ser visto como uma genuína função de poder, e o legislador seria o próprio juiz que, por fazer a lei, saberia aplicá-la. Bobbio, avaliando o pensamento de Locke, sustentava que este não tratava de equilíbrio de poderes, mas de uma subordinação e separação entre eles (Aragão, 2013).

Montesquieu, em sua teoria da tripartição de poderes, trouxe à mesa de discussões os aspectos distributivos, limitativos e de controle do poder político. Sua concepção era a de que tudo se perderia caso as funções legislativas, executivas e judiciárias recaíssem na mesma pessoa. Conectou a separação de poderes ao conceito de liberdade e de direitos fundamentais. Seus pensamentos influenciaram bastante a formação do Estado, e várias de suas ideias estão incorporadas em Cartas Constitucionais ao redor do mundo (Aragão, 2013).

A divisão de funções – com elaborados sistemas de freios e contrapesos –, e a subordinação de todos ao princípio da legalidade, ganhou ênfase com os movimentos constitucionalistas, que serão explicados nos tópicos subsequentes. A tensão entre poderes, especialmente durante e após a Segunda Guerra Mundial, interconectou ainda mais o papel de um poder sobre o outro. O Judiciário ganhou um destaque e sua feição contramajoritária vem sendo essencial à manutenção da democracia. Não existe perfeita tripartição de poderes, mas cada poder é essencial ao controle de outro, de forma a evitar abusos.

Recentes atitudes de líderes políticos como Hugo Chávez, a título exemplificativo, em aumentar o número de ministros da Suprema Corte – *court packing* – para garantir alinhamento do Poder contramajoritário ao Executivo, mesmo que não exista vedação constitucional para tanto, demonstram que um poder pode devorar e incorporar o outro. Um Poder Judiciário “empoderado” quer, a princípio, evitar tais situações, a não ser que seja submisso a outro Poder, em um contexto de clara queda democrática.

Dentro desse argumento de protagonismo do Poder Judiciário, que vem à salvaguarda dos direitos fundamentais especialmente após a Segunda Guerra Mundial, os pesquisadores vêm questionando se existe interferência abusiva do

Judiciário no Legislativo e Executivo. Vários cientistas políticos trabalham o empoderamento judicial e judicialização da política (Barbosa, 2015; Barbosa, Carvalho e Gomes, 2016; Zuccolotto, 2016; Aragão, 2013, dentre outros), sendo essa uma temática atual, controversa, e um campo fértil para estudos, justificando-se essa abordagem no trabalho dissertativo em tela.

Considerando essa linha de pesquisa, a pergunta central do presente trabalho consiste em saber quais condições causais levam o Supremo Tribunal Federal a proferir uma decisão que interfere na agenda ou pauta das casas legislativas.¹ A hipótese é de que existe uma considerável interferência do Judiciário na pauta das casas legislativas a partir de suas decisões, em especial em no que diz respeito a atos, omissões ou trâmites das casas legislativas. Para testar a hipótese, foram selecionados e analisados 80 casos (ou processos judiciais), conforme banco de dados construído a partir de buscas no sítio eletrônico do STF (detalhadas na parte de desenho de pesquisa), e desse ponto foi possível descrever a postura do Supremo e os casos em que ele interfere no Legislativo. A análise considerou ações originárias do Supremo, desde a mais antiga encontrada sobre o tema, 1980, até o ano de 2018, e se preocupou em fazer uma avaliação qualitativa dos 80 casos com o auxílio do método de Análise Qualitativa Comparativa (QCA).

A Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de algumas ações constitucionais que dão poder aos legitimados ativos de quebrarem a inércia do Judiciário, com a possibilidade de que, com isso, a agenda seja modificada. Sendo assim, em relação ao Legislativo, tem-se que a agenda (ou pauta) das casas legislativas pode sofrer alterações em razão de decisões judiciais tomadas por ministros da Suprema Corte do Brasil. O Supremo pode ser provocado até mesmo pelos próprios integrantes do legislativo para que o Poder Judiciário decida (ou não decida, ou em algum grau decida) sobre méritos capazes de reconfigurar a agenda legislativa.

As referidas ações constitucionais podem surtir alguns efeitos: podem ser conhecidas ou não (aceitas para debate ou não); podem ter tutelas provisórias em pedidos liminares deferidas ou indeferidas, ocasionando-se algum efeito ou não na

¹ Entenda-se agenda legislativa como pauta, que em nosso estudo significa o andamento das casas legislativas, seus respectivos trabalhos de tramitação de projetos, de inclusão e exclusão de pauta, de adiamento de deliberações, de instaurações de comissões, dentre outros atos próprios das casas legislativas.

pauta do legislativo; podem ser deferidas ou indeferidas pelo plenário da Suprema Corte; eventualmente podem também perder objeto, que significa dizer que aquilo que se pleiteia já não mais existe ou já foi concedido, ou sequer pode ser concedido por decisão judicial da Suprema Corte. Sobre os 80 casos, fez-se uma análise desses efeitos. O presente trabalho foi dividido da seguinte forma.

O Capítulo 1 revisa conceitos importantes para o presente trabalho dissertativo. Pretende fazer distinções conceituais entre revisão judicial e controle constitucional das leis, e judicialização da política e ativismo judicial. Essa parte é ilustrada com o caso MS 20257, de 1980, que versava sobre situação que poderia afrontar princípios republicanos, tendo como autor Itamar Franco, e a ADI 466, que pretendia o estabelecimento da pena de morte. Esses casos serão especialmente utilizados para explicar o conceito de atos *interna corporis* do Legislativo e o de ações constitucionais.

O Capítulo 2 aborda, de forma cronológica, o empoderamento judicial, a incluir as ondas de constitucionalismo na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos, com considerações sobre o constitucionalismo na América Latina. Também trata dos ensinamentos da Segunda Guerra Mundial aos movimentos constitucionalistas, com análise do Caso Lüth, quando as constituições passaram a fazer parte das relações privadas na Alemanha; do Caso Marbury *versus* Madison, célebre no modelo Norte Americano; e do modelo austríaco de Kelsen. O modelo misto do Brasil também é descrito nesse capítulo, e logo em seguida são discutidas as causas para a judicialização da política, ponto crítico do capítulo em estudo.

O Capítulo 3 fala de democracia e de sua conexão com a existência do poder contramajoritário. Aborda as características de um modelo democrático, que ultrapassa as regras de maioria. O Poder Judiciário ganha destaque por fazer valer os direitos constitucionais também daqueles que são minorias, a incluir as minorias parlamentares. A democracia é vista como condição necessária para a judicialização da política.

O Capítulo 4 faz breves comentários sobre a mudança de arena legislativa para a arena judicial. Tece considerações sobre o processo de tomada de decisão e busca refletir sobre a quem interessa modificar a pauta das casas legislativas: nem sempre uma decisão positiva obtida a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal é o objetivo principal daqueles que provocam os Ministros a deliberarem sobre os temas colocados na pauta da cúpula do Poder Judiciário.

O Capítulo 5 descreve o desenho de pesquisa, a metodologia utilizada, notadamente a QCA, e a forma como os dados foram coletados, sistematizados e analisados. As dificuldades da pesquisa também são expostas, e dizem respeito especialmente à ausência de dados compilados sobre decisões judiciais que afetam a pauta das casas legislativas. Mas isso não impediu que uma estratégia metodológica fosse desenhada para a presente pesquisa, conforme se explicará detalhadamente.

O Capítulo 6 analisa os dados obtidos, e expõe tabelas e ilustrações e suas respectivas descrições. As informações foram processadas com a utilização do software de Ragin e Davey (2017), chamado de fs/QCA 3.0. Alguns casos específicos e curiosos serão expostos, a incluir o caso de fevereiro de 2019 que, em que pese não ter entrado no banco de dados, expõe ação monocrática do Presidente do Supremo Tribunal Federal em eleição para a Presidência do Senado Federal, tornando-se essa análise bastante pertinente à dissertação.

Logo após essa última parte, as conclusões são sintetizadas e apresentadas no tópico Considerações Finais, com uma breve revisão dos pontos chaves do presente trabalho dissertativo e das reflexões obtidas.

1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E OUTROS CONCEITOS

Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da república (STF, 1980).

A judicialização da política significa tanto a exportação do método judicial de tomada de decisão para órgãos alheios ao Poder Judiciário como a transferência dos direitos de decisão de políticos e/ou administradores para uma Corte (Vallinder, 1994, p. 91). A decisão que seria tomada em uma legislatura abarca: diversos partidos, barganha com portas fechadas, compromissos, troca de favores, o princípio da maioria, regras gerais e políticas públicas e alocação de valores (predominantemente econômicos), buscando-se uma possível solução política.

Já quando a decisão migra para o Poder Judiciário, existe a presença de dois partidos e um terceiro julgador, audiências públicas, discussão de argumentos, decisão proveniente de um juiz imparcial, aplicação de precedentes e acertamento de fatos com as regras, buscando-se uma solução correta (Vallinder, 1994, p. 92). Esse seria o método característico de decisão judicial, que afasta, a princípio, os atributos da barganha e da troca de favores que permeia a decisão política.

Para Aragão (2013, p. 66), a judicialização se configuraria como o fenômeno da influência do Judiciário nas instituições político-sociais. Esse autor utiliza das explicações de Tate e Vallinder para detalhar os formatos de judicialização acima mencionados, que seriam a “judicialização *from without*” e a “judicialização *from within*”. A primeira diz respeito à revisão dos atos legislativos pelo Poder Judiciário, e a segunda se relaciona ao fato “de o Legislativo e o Executivo empregarem métodos tipicamente judiciais tais como os juízes administrativos” (Aragão, 2013, p. 67).

Zuccolotto (2016, p. 66) considera que “a judicialização da política é entendida como um fenômeno no qual o judiciário passa a atuar de maneira a encampar atividades atribuídas aos demais poderes”. Para esse autor, ainda, é pressuposto para a judicialização a separação constitucional dos três poderes, com suas atividades e prerrogativas devidamente previstas no texto constitucional.

Em relação ao termo ativismo judicial, Aragão (2013, p. 68) explica que esse “implica opções, escolhas por parte dos juízes quando da interpretação das regras constitucionais”, e segue, quanto à judicialização, afirmando que ela “decorre da adoção de determinado paradigma constitucional em vez de ação de vontade política

individual”. Nesse sentido, o ativista seria o juiz que usa o seu poder para tomar decisões políticas, a fim de resultar em políticas públicas, o que não restringiria seu poder de decidir à segurança jurídica e sua conexão com o direito, e que desconsidera decisões provenientes de outros poderes. Nesse caso, o juiz passaria a atuar como protagonista político. Para Zuccolotto (2016, p. 72), a respeito da diferença entre ativismo judicial e judicialização da política, entende-se

Que a diferença entre estes dois fenômenos é que, enquanto no ativismo judicial há uma expansão da atuação do Judiciário na busca de abarcar mais situações, outrora ignoradas ou não cobertas pelos preceitos constitucionais, na judicialização da política existe a cessão de poder político ao judiciário, que passa a atuar numa esfera antes figurada apenas pelo poder executivo ou pelo legislativo.

Para que a política seja colocada nas mãos de juízes, é necessário que atores tomem a iniciativa de quebrar a inércia do Poder Judiciário.² Os próprios políticos ou administradores optam por entregar ao Judiciário uma demanda para que ele decida politicamente. É como o caso do Deputado Federal ou do Senador da República que impetra um Mandado de Segurança no Supremo Tribunal Federal visando suspender a tramitação de alguma Proposta de Emenda Constitucional ou algum Projeto de Lei.

Existem diversos instrumentos que possibilitam o acesso ao judiciário. Aqui interessam as ações constitucionais e as ações de controle de constitucionalidade, que são bastante variadas e podem ser a origem de uma interferência do Judiciário no Executivo ou no Legislativo. As ações que compõem o banco de dados utilizado para embasar o presente trabalho serão brevemente descritas abaixo, sendo elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), o Habeas Corpus (HC), o Mandado de Segurança (MS) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

As Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º, CF) visam sanar alguma lesividade a direitos quando não há outro meio eficaz para tanto. É regulamentada pela Lei 9.882/99, e, por analogia, pelas normas da Lei 9.868/99. Dentre os possíveis proponentes, há a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional.

² Segundo Theodoro Júnior (2016, p. 143), a respeito do princípio da inércia, “na ordem constitucional, em que o poder jurisdicional deita suas raízes, encontram-se princípios fundamentais que informam a substância ou essência da jurisdição, e que podem ser assim enunciados: (...) (g) O princípio da inércia: o acesso de todos à justiça é garantido pela Constituição (art. 5º, XXXV), mas o Poder Judiciário não pode agir por iniciativa própria, somente o fará quando adequadamente provocado pela parte (NCPC, art. 2º).”

Os Mandados de Segurança podem ser impetrados em face de atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, por força das regras constitucionais previstas nos artigos 5º, inciso LXX, a, e 102, inciso I, d. Na Lei 12.016/2009, art. 21, podem impetrar Mandados de Segurança Coletivos em defesa de seus legítimos interesses.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade tem o “objetivo de aniquilar uma situação jurídica existente, invalidando a lei viciada” (Didier Jr., Braga e Oliveira, 2011, p. 455). Ou seja, visa-se declarar a inconstitucionalidade de alguma norma. São legitimados para a propositura dessa ação o Presidente da República, Governadores, a Mesa da Câmara, do Senado, da Assembleia Legislativa e Câmara Legislativa do DF, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe nacional.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade visa declarar a constitucionalidade de uma lei ou um ato normativo, e surgiu apenas em 1993, por meio da Emenda Constitucional de nº 3. É apenas cabível contra leis ou atos normativos federais, quando não for o caso de ADI. Visa-se transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em uma presunção absoluta. Os legitimados para a propositura de uma ADC são os mesmos que podem propor uma ADI (Gonçalves, 2017, p. 1528).

O Habeas Corpus (HC) tutela a liberdade de locomoção. Trata-se de uma garantia constitucional de origem inglesa. Conforme explicam Föppel e Santana (2011, p. 25), o HC “identificou seu berço no Direito inglês, no qual se firmou como garantia prática e imediata da liberdade de locomoção contra os abusos cometidos por agentes do poder público ou particulares”. Podendo ser preventivo ou repressivo, e tem legitimidade universal, ou seja, qualquer pessoa, inclusive sem representação de advogado, pode se valer dessa ação de *habeas corpus*.

É bastante oportuno abordar, ainda, alguns conceitos que serão úteis à compreensão dos tópicos que se seguem, especialmente em razão de alguns deles serem advindos das Ciências Jurídicas, e não propriamente da Ciência Política, como os de revisão judicial e controle de constitucionalidade. Em se tratando o Supremo Tribunal Federal de um tribunal político (Maia, 2008, p. 375), nada mais natural que exista interesse da Ciência Política em abarcar conceitos, advindos do Direito, que possam perambular dentro do objeto de estudo do cientista político.

Existe uma distinção entre revisão judicial e controle constitucional das leis. A revisão judicial encontra como exemplo o modelo americano, chamado de difuso.³ “Todos os juízes que integram o Poder Judiciário têm capacidade para revisar a constitucionalidade de leis e atos normativos, no julgamento de casos concretos” (Arantes, 2013, p. 199). Nesse sentido, existe uma discussão sobre a constitucionalidade das leis e atos normativos por cada juiz singular, de forma que o debate pode ser levado à Suprema Corte, para que exista uma discussão sobre as possíveis inconstitucionalidades advindas dos demais poderes.

Em países europeus, prevaleceu o modelo de controle constitucional das leis, por meio do qual existe uma análise concentrada da constitucionalidade de atos ou regras legais. Ou seja, o questionamento constitucional parte de forma direta para a Suprema Corte, sem que juízes singulares possam decidir a respeito. “O controle constitucional é monopólio da corte constitucional e por isso esse sistema é chamado de concentrado (Arantes, 2013, p. 199). Esse modelo foi formulado por Kelsen, com aplicação pioneira na Áustria em 1920, conforme se detalhará em tópicos subsequentes. Diga-se, desde já, que o Brasil mistura os dois sistemas: o concentrado e o difuso.

O controle concentrado de constitucionalidade pode ter a característica de ser preventivo ou repressivo, sendo o segundo adotado em nosso país. Essa diferenciação é bastante comum em julgamentos de ações constitucionais pela Suprema Corte, em especial no tocante à pergunta de pesquisa aqui explorada, que aborda a questão da possível interferência do Judiciário em atos das casas legislativas. Alguns exemplos podem ajudar a esclarecer a referida distinção.

Em 1980, o então Senador Itamar Franco impetrou um Mandado de Segurança de nº 20.257 em face da Mesa do Congresso Nacional. É que pretendeu impedir a tramitação das Propostas de Emendas Constitucionais de nº 51/52 de 1980, assim como da Emenda nº 3 às referidas propostas. Essas emendas implicariam, na visão do Senador, na abolição da Federação e da República, uma vez que visava à

³ Segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 444), “No Brasil, o controle difuso pode ser abstrato ou concreto. Quando o controle difuso for concreto, a questão sobre a constitucionalidade da lei é examinada incidenter tantum, sendo um dos fundamentos da decisão jurisdicional. (...) A consequência advinda da decretação de inconstitucionalidade é a não aplicação da norma impugnada à relação substancial discutida no processo – sua incidência é afastada casuisticamente. (...) Tem-se, ainda, o controle difuso abstrato, que se implementa quando o tribunal, ao julgar caso concreto, decreta, em caráter incidental e definitivo, a inconstitucionalidade de ator normativo, e, ato contínuo, oficia o Senado Federal para que, na forma do art. 52, X, CF, edite Resolução suspendendo os efeitos (total ou parcialmente) da dita lei.”

prorrogação dos mandatos dos prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, o que consistiria no estabelecimento do princípio de que os mandatos não seriam mais temporários.

Nesse caso, o Mandado de Segurança foi indeferido, uma vez que o pretendido reconhecimento de inconstitucionalidade não logrou êxito e não se considerou que estivesse ocorrendo uma abolição da república ou da federação. No entanto, a ementa dessa decisão assevera a possibilidade de o STF afetar, em caso de inconstitucionalidade patente, o “próprio andamento do processo legislativo (...) porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações – que sequer chegue à deliberação, proibindo-se taxativamente”. O próprio processamento já desrespeitaria, frontalmente, a Constituição Federal.

Desse modo, em 1980, fosse o caso de reconhecimento de inconstitucionalidade, o STF teria ordenado a paralização das tramitações das Propostas de Emendas Constitucionais. Na votação, em contrapartida, o Ministro Soares Muñoz sublinhou que haveria impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o controle pelo Poder Judiciário, em relação aos atos *interna corporis*, deveria ser realizado posteriormente à promulgação de lei ou de emenda constitucional.

É necessário abrir um parêntese para explicar o que são atos *interna corporis*. Segundo Aragão (2013, p. 114), são aqueles “referentes a temas ou questões as quais concernem direta ou imediatamente a aspectos internos da casa legislativa; pela própria essência, reservam-se à deliberação e ao exame pelo Plenário da casa legislativa”. Esse autor afirma que o Supremo Tribunal Federal vem repudiando a utilização de atos internos do Poder Legislativo que constituam posturas inadequadas, ilegítimas ou ilegais (Aragão, 2013, p. 115). No entanto, como será exposto, o STF vem demonstrando, ao menos com base no banco de dados elaborado ao longo dessa pesquisa dissertativa, que a postura da Suprema Corte do Brasil é bastante cautelosa em relação às possíveis interferências do Judiciário nos trâmites do Legislativo, contrariando a expectativa de alta interferência da hipótese da pesquisa.

Seguindo com outro exemplo. Em 1991 houve um célebre caso de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a de nº 466, que argumentava a inconstitucionalidade material de proposta de EC que visava instituir a pena de morte mediante prévio plebiscito. Havia pedido de liminar para suspender o procedimento de reforma constitucional, interferindo-se no regular andamento dos trabalhos do Legislativo. No entanto, ficou ressaltado que

O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou – como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite, o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal, tal como ocorre, desde 1956, no sistema germânico de jurisdição constitucional. (STF, 1991).

As decisões seguintes, a partir dos casos analisados, mantiveram a postura de sustentar a inexistência de controle preventivo de constitucionalidade, posição que se adota para garantir a independência do Poder Legislativo, sobre o qual deve haver uma presunção de que irá filtrar, por si só, matérias inconstitucionais. No caso da ADI 466, a ação não foi conhecida. A Câmara dos Deputados tratou de classificar a PEC como sendo inadmissível, posteriormente.⁴

Percebe-se, ao longo da tramitação desse Projeto de Emenda Constitucional, que o próprio Legislativo reconheceu essa inadmissibilidade. Caso tivesse sido aprovada, o Supremo Tribunal Federal poderia declarar a inconstitucionalidade da Emenda, com autorização constitucional, por meio de controle repressivo de constitucionalidade, e não por meio de controle em tese ou preventivo. Optou, portanto, o Supremo, em não interferir na agenda legislativa, como teria acontecido caso tivesse determinado suspender, em decisão liminar, o trâmite da Proposta de Emenda Constitucional.

1.1 INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO EXECUTIVO E NO LEGISLATIVO

A ingerência do Judiciário em questões políticas no Brasil foi o tema central do HC 300⁵, impetrado por Rui Barbosa em 1892, em contexto turbulento na política

⁴ Veja-se o trâmite no seguinte sítio eletrônico da Câmara de Deputados: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169205>.

⁵ Colaciona-se, adiante, contextualização do HC 300, nas palavras de Barbosa (2013, p. 26): “Neste caso, em 10 de abril de 1892, em meio aos crescentes protestos exigindo a realização de novas eleições presidenciais, o presidente Floriano Peixoto, com base no permissivo do art. 80 da Constituição de 1891, editou o Decreto nº 791, por meio do qual decretou estado de sítio, suspendendo, assim, as garantias constitucionalmente previstas pelo prazo de 72 horas, período em que vários políticos e adversários do ‘marechal de ferro’ foram presos e desterrados. Findo o lapso temporal previsto pelo Decreto presidencial, no dia 18 do mesmo mês, Rui Barbosa impetrou habeas corpus no Supremo Tribunal em favor dos cidadãos que continuaram presos mesmo após a cessação do estado de sítio, tendo a sessão de julgamento se realizado no dia. (...). Do acórdão, publicado em 27 de abril de 1892, lê-se que, ‘durante o estado de sítio, é autorizado ao presidente da República impor, como medidas de repressão, a detenção (...) e o desterro para outros sítios do território nacional’ e que ‘o exercício desta extraordinária faculdade a Constituição confiou ao critério e prudente discricção do presidente’, devendo a fiscalização de eventuais abusos ser realizado pelo Congresso Nacional, a quem ‘compete privativamente aprovar ou reprovar o estado de sítio declarado pelo presidente, bem assim das medidas excepcionais’. Desta forma, ‘antes do juízo político do Congresso não pode o poder

brasileira, envolvendo a decretação de estado de sítio por Floriano Peixoto. Indeferido pelo Supremo Tribunal Federal sob a justificativa de que o Judiciário não poderia se envolver em questões políticas do Legislativo ou Executivo, o HC sustentava que os casos que, se por um lado tocam a interesses políticos, por outro envolvem direitos individuais, não podem ser defesos à intervenção dos tribunais, na explicação de Branco e Mendes (2012, n. p.). Tratando das lições de Rui Barbosa, comentam: “Suas lições apenas foram devidamente apreciadas pelo Tribunal nos posteriores julgamentos (...), nos quais o Tribunal deixou assentado que a doutrina das questões políticas não poderia deixar ao desamparo as liberdades individuais”.

Com o passar do tempo, o art. 94 da Constituição de 1937, que expressamente prescrevia ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questão exclusivamente política”, deixou de ter previsão nas cartas constitucionais posteriores. Ligado à sua função de ser guarda da Constituição, o STF “tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição” (Branco, Mendes, 2012, n.p.).

O Poder Judiciário, por meio de suas decisões e com justificativas constitucionais, pode, assim, causar impactos na atuação do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. O Judiciário vem reconhecendo, ao longo do tempo, que é sua obrigação, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo que adote alguma postura específica, se for para salvaguardar os direitos previstos na Constituição Federal.⁶ O presente trabalho não pretendeu analisar a interferência do Judiciário no Executivo, e sim no Legislativo. No entanto, a fim de diferenciar a ingerência do STF na administração pública e a ingerência deste tribunal no Poder Legislativo, alguns exemplos serão abaixo citados e explicados.

Um que diz respeito à ingerência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Poder Executivo trata do Fundo Penitenciário Nacional, que, sob a justificativa de existir um “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro,

Judicial apreciar o uso que fez o presidente da República daquela atribuição constitucional’, uma vez que ‘não é da índole do Supremo Tribunal federal envolver-se nas funções políticas do Executivo ou Legislativo”.

⁶ O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da CF. [RE 669.635 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 17-3-2015, 2ª T, DJE de 13-4-2015.]. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. [AI 734.487 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 3-8-2010, 2ª T, DJE de 20-8-2010.]

acabou tendo seu saldo acumulado liberado pelo STF.^{7 8} Situações em que o Judiciário obrigou o Executivo a tomar providências são muitas, e o entendimento quanto à não-violação da separação dos três poderes em situações específicas restou consolidado.⁹

Grinover e Spínola (2014, p. 23) exemplificam a ingerência do Judiciário no Executivo com o caso da imposição, por juiz singular e pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de que o Estado de São Paulo pagasse tratamento completo, em instituições privadas, para pacientes autistas. Ficou verificado, anteriormente, que não existia tratamento especializado para esses pacientes, que só tinham mero acompanhamento psiquiátrico. O Ministério Público tentou firmar acordo com o Governo de São Paulo, mas este não demonstrou nenhum interesse em incluir tratamento especializado para autistas no Sistema Único de Saúde – SUS, nem em fornecer educação especializada e nem em treinar profissionais para o atendimento dessa minoria. O Judiciário, então, interferiu no Executivo.

O Poder Judiciário também pode interferir no Poder Legislativo, inclusive em se tratando de sua relação com o Executivo. O caso da ADI 5127 ilustra bem essa situação. Em que pese ter sido julgado improcedente, uma vez que o STF manteve a legalidade da Medida Provisória questionada, ele declarou inconstitucional o que se chama de “contrabando legislativo”. Em resumo, a Confederação Nacional das Profissões Liberais propôs ADI questionando a inclusão de matérias, por parte do Congresso Nacional, estranhas às matérias originais de uma Medida Provisória enviada pelo Executivo. Ocorre que uma MP que versava sobre temas como o

⁷ Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. (...) Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. [ADPF 347 MC, rel. min. Marco Aurélio, j. 9-9-2015, P, DJE de 19-2-2016.]

⁸ É lícito ao Judiciário impor à administração pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. [RE 592.581, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 13-8-2015, P, DJE de 1º-2-2016, Tema 220.]

⁹ A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando à melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do STF na SL 47 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 30-4-2010. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. [RE 642.536 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 5-2-2013, 1ª T, DJE de 27-2-2013.]

programa Minha Casa, Minha Vida, extinguiu a profissão do técnico em contabilidade, após inclusão, sem debates, desse tópico pelo Legislativo. É o que se chama de contrabando legislativo, que foi reconhecido como inconstitucional. A decisão foi comunicada às casas legislativas, mas as práticas anteriores do dito contrabando legislativo foram preservadas.¹⁰

O foco do presente trabalho dissertativo é o de verificar a possível interferência do STF na formação da pauta ou agenda das casas legislativas, a partir de suas decisões. Já houve caso em que a Suprema Corte decidiu que o Senado não poderia inaugurar Comissão Parlamentar de Inquérito que tivesse por objetivo discutir o acerto ou desacerto da concessão de liminar quando da impetração de Mandado de Segurança.¹¹ Mas o contrário acontece? Será que o Supremo interfere nos atos próprios do Poder Legislativo em suas decisões? Quais as condições que fazem surgir uma decisão interveniente? São essas as perguntas que norteiam o trabalho em evidência.

¹⁰ Ementa da Ação Direta De Inconstitucionalidade 5.127 Distrito Federal: DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO). 1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória. 2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos. (Supremo Tribunal Federal, 2015).

¹¹ O acerto ou desacerto da concessão de liminar em mandado de segurança, por traduzir ato jurisdicional, não pode ser examinado no âmbito do Legislativo, diante do princípio da separação de poderes. O próprio Regimento Interno do Senado não admite CPI sobre matéria pertinente às atribuições do Poder Judiciário (art. 146, II). [HC 86.581, rel. min. Ellen Gracie, j. 23-2-2006, P, DJ de 19-5-2006.]

2 A CRONOLOGIA DO EMPODERAMENTO JUDICIAL

Os tópicos subsequentes visam explicar a cronologia do empoderamento judicial, com considerações iniciais sobre a necessidade de estabelecimento de constituições nos países do mundo ocidental. Esse centralismo do Poder Judiciário chama a atenção dos Cientistas Políticos, na medida em que a atuação de um outrora tímido Poder agora passa a ter poderes quase incontáveis, e levam à constante pergunta: quem controla o controlador? Segundo Carvalho e Barbosa (2016, n.p.), o próprio STF quem limita os próprios atos, sendo a auto restrição a única forma de conter sua atuação.¹²

Uma crítica à tese da “última palavra” da Suprema Corte, no entanto, parece pertinente. Não é tão correto afirmar que uma Suprema Corte tem o direito de “errar por último”. Em que pese o destaque da judicialização da política, que decorre, dentre outros motivos, do fortalecimento da democracia (Zuccolotto, 2016, p. 74), não se pode hierarquizar o papel do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. É que, na explicação de Mendes *apud* Gonçalves (2017, p. 1600), deve-se ter em mente a noção de diálogos institucionais constitucionais. Para esses autores, acostumou-se a tratar a separação de poderes como uma forma de divisão de atribuições que levaria à construção da imagem da Corte Constitucional como detentora da última palavra constitucional.

Será que a última palavra deve ser dada à Suprema Corte? Alguns defendem que sim, outros defendem que a última palavra deveria ser do Parlamento, ou seja, da instituição democrática por excelência (Mendes *apud* Gonçalves, 2017, p. 1601). Os defensores da primeira ideia dizem que o Judiciário teria uma capacidade institucional superior à do Poder Legislativo para lidar com temas constitucionais e interpretar a Constituição. Já os patronos da segunda tese criticam essa supremacia do Judiciário na interpretação da Carta Magna.

Gonçalves (2017, p. 1603) segue a linha de Jeremy Waldron, que diz que a prática da revisão judicial não estaria em consonância com as sociedades plurais, e nunca poderia existir um argumento definitivo para solucionar uma questão constitucional surgida ao longo do tempo. A teoria constitucional estaria

¹² Vide artigo de opinião: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/09/18/opinion/1474203521_222571.html. Acesso em 11 de janeiro de 2019.

marginalizando e subestimando a atuação legislativa, no que chama de “pequeno jogo sujo” da teoria contemporânea. Segundo Gonçalves (2017, p. 1603):

O desacordo em matéria de princípios está no âmago da política e excluir a participação do parlamento (do povo) da deliberação definitiva a respeito das desavenças morais é o mesmo que trair o espírito da democracia e do sufrágio universal. Para Waldron o pressuposto da teoria constitucional majoritária é de que o judicial review deve ser afirmado por uma pretensa falta de respeitabilidade e capacidade intelectual do legislador.

Utilizando-se da tese de Conrado Hübner, Gonçalves (2017, p. 1605) entende que tratar de forma dicotômica o Judiciário e o Legislativo, no que diz respeito à interpretação constitucional, gera uma perspectiva parcial e incompleta da questão. Defende a teoria de Hübner sobre a “última palavra provisória”, permitindo-se a continuidade dos debates, seja pelo Poder Judiciário, seja pelo Poder Legislativo, a respeito de determinado tema.

Mas é importante notar que, seja o Parlamento ou Tribunal constitucional (Corte Constitucional), essa escolha, por mais fundamental que seja, não é tão decisiva para determinar a legitimidade democrática de cada instituição, pois como já dito, a pretensa última palavra é provisória e pode e deve ser não o fim, mas o início ou mesmo a continuidade de uma nova rodada de diálogos entre os Poderes que acaba por fomentar a legitimidade democrática das instituições e das decisões tomadas pelas mesmas (Gonçalves, 2017, p. 1605).

Essa rodada de debates entre o Judiciário e o Legislativo pode não acontecer no dia a dia, mas certamente acontece ao longo do tempo, e todas as decisões acabam sendo provisórias, mesmo que tenham a aparência de decisões terminativas. Essa tese da última decisão provisória foi levantada até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5105 do ano de 2015, e o a Suprema Corte concluiu que “o legislador poderia, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando posturas distintas da Corte” (Gonçalves, 2017, p. 1607), que consiste no chamado *override*. É daí que surge a importância do diálogo institucional, e essa interação pode funcionar como fomento ao desenvolvimento e à defesa dos direitos.¹³

¹³ Veja-se a seguinte notícia a respeito de uma *override*: “em mais um confronto entre parlamentares e STF, a discussão sobre a vaquejada tomou os corredores dos dois Poderes. No início de outubro, a Corte tornou a atividade ilegal e a reação parlamentar foi imediata. Na semana seguinte, quatro projetos que tratam da regulamentação da prática passaram a tramitar no Congresso. No início de novembro, senadores aprovaram uma proposta que caracteriza vaquejadas e rodeios como manifestação cultural nacional. A matéria aguarda a sanção do presidente Michel Temer. Na sequência, os parlamentares aprovaram uma PEC que libera a atividade e derruba a decisão do STF”. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/2017-o-ano-de-embates-entre-o-congresso-e-o-judiciario-22122017>. Acesso em 12 de janeiro de 2019.

2.1 As Ondas de Constitucionalismo na Inglaterra, Estados Unidos, França e América Latina

O Estado Democrático de Direito tem por base assegurar direitos individuais e limitar a ação do próprio Estado (Aragão, 2013, p. 15). A necessidade de limitar a ação estatal e de proteger os direitos dos cidadãos surgiu de formas diferentes em distintos contextos. O constitucionalismo ganhou impulso em diversos continentes, e o estabelecimento de regras suficientes à limitação do Estado se espalhou pelo mundo. A partir daí, deixou de existir a figura do líder que estaria acima da lei, e todos os cidadãos passaram a se submeter à regra da legalidade. Essas mudanças não foram uniformes e naturais, conforme será demonstrado nos parágrafos seguintes.

Um primeiro encaminhamento em direção ao constitucionalismo se deu com a Revolução Inglesa (ou Guerra Civil). Em um de seus momentos, em 1º de junho de 1642, o Parlamento apresentou ao rei um documento intitulado “As Dezenove Proposições”. Em 18 de junho desse mesmo ano, foi endereçado, pelo rei, o documento “Resposta de Sua Majestade às Dezenove Proposições”. No preâmbulo desse ofício real, afirmava-se que o melhor governo seria o da combinação entre os três estados (rei, lordes e comuns), e havia a descrição dos poderes específicos de cada um dos estados no novo governo do reino (Barros, 2013, p. 163).

Em que pese esse preâmbulo ter sido excluído do documento em suas posteriores edições, já se falava em limitação de poderes e organização destes, não obstante o objetivo primordial da resposta do rei ser o restabelecimento de seus poderes de veto como parte do processo legislativo. A forma com que o preâmbulo foi escrito demonstrava que o rei não estaria acima dos lordes e dos comuns. Seu poder, nesse raciocínio, seria limitado, e suas ações só seriam legitimadas se seguissem os canais institucionais (Barros, 2013, p. 164).

Em 29 de outubro de 1647, os *levellers* apresentaram uma proposta constitucional intitulada de Acordo do Povo. As discussões a respeito desse acordo foram suspensas em razão da fuga do rei Carlos I e posterior reorganização de suas tropas contra o parlamento. Preso e derrotado pelo exército parlamentar, o rei foi executado em 1649. Em 19 de maio de 1649, a Inglaterra se transformou em uma República. Em 1660 estava restaurada a monarquia, sob o governo de Carlos II, que se comprometera a respeitar as deliberações e decisões parlamentares. Com a aproximação da morte do rei, que estava com problemas de saúde, o parlamento

começou a temer a ascensão ao poder de Jaime II, e apoiou Guilherme de Orange, príncipe holandês, casado com Maria Stuart e filha de Jaime II. Em 1689, Guilherme III foi coroado ao mesmo tempo em que se encerrava a Revolução Gloriosa, estabelecendo-se uma monarquia parlamentar. Guilherme III acatou o Ato de Tolerância (em especial religiosa) e a Declaração de Direitos, editados pelo Parlamento, firmando-se a base para o constitucionalismo moderno (Barros, 2013, p. 166).

Do outro lado do oceano, nos Estados Unidos da América, o constitucionalismo começou a se firmar a partir do consenso entre as 13 ex-colônias de que havia a necessidade de que se estabelecesse um governo nacional. Hamilton e Madison foram influenciadores desse rumo. Segundo Avritzer (2013, p. 171), “foi a ideia de Madison sobre o pluralismo e os limites do governo que prevaleceu no momento da elaboração constitucional americana”. A forma constitucional pensada por Madison tornava difícil o processo de emenda da constituição, em decorrência da “soberania auto extinguível”, que significaria, na explicação de Avritzer (2013, p. 172), que o povo seria soberano para elaborar o texto constitucional, mas perderia essa qualidade a partir da promulgação da Constituição.

Em sendo a Constituição um documento superior às demais leis, surgiu a discussão, promovida por Hamilton, sobre como promover a revisão constitucional. No entanto, a revisão constitucional foi consolidada a partir do caso gerenciado por Marshall na Suprema Corte, ao decorrer do caso *Marbury versus Madison*, que será detalhado em tópico subsequente. Em resumo, nesse caso, “a Suprema Corte declarou inconstitucional um ato de outro braço ou ramo do governo e com isso estabeleceu um princípio de revisão dos atos do governo” (Avritzer, 2013, p. 173).

Um dos primeiros resultados da Revolução Americana seria, então, a combinação de um processo de difícil geração de emendas constitucionais, com a combinação de um processo de revisão constitucional. Um segundo resultado seria a derrubada da decisão *Dred-Scott* a partir da Emenda 14, vez que tal decisão era contrária ao princípio da soberania popular por refutar a ideia de que os negros deveriam ter direitos em quaisquer estados. Só a partir daí, nas palavras de Avritzer (2013, p. 174), poderia ser possível falar em um constitucionalismo em sentido contemporâneo.

Sobre a Revolução Francesa, destacam-se três momentos a respeito do estabelecimento de uma matriz jurídica no Ocidente (Bignotto, 2013, p. 178). O

primeiro surgiu com a Revolução de 1789 na Assembleia Nacional Constituinte, em que se tentou adotar uma Carta Constitucional na França. O segundo foi posterior à fuga do rei e o fracasso da Constituição que fora promulgada em 1791, nascendo-se o desafio de adequar uma carta constitucional à República. O terceiro momento teria sido posterior ao Thermidor, com o nascimento de uma Constituição, e sua posterior queda quando da ingerência napoleônica. Segundo Bignotto (2013, p. 178), há, nos três momentos descritos, uma profunda ligação entre política e direito. Um processo constitucional, nas palavras desse autor (Bignotto, 2013, p. 179), “espelha a história viva de um povo e, por isso, não pode escapar da indeterminação própria à política”.

No tocante ao embasamento teórico do constitucionalismo na França, o conceito de vontade geral teve um papel determinante, prevalecendo-se o modelo rousseauista, “que tinha o princípio da soberania da nação e na submissão do executivo à Constituição sua base de justificação”. (Bignotto, 2013, p. 180). Sieyès também teria contribuído com o movimento, ao fazer a diferenciação de poder constituinte e poder constituído. O papel atribuído aos direitos humanos também foi fundamental na criação de um pensamento constitucional. Em 26 de agosto de 1789 foi votada uma versão da Declaração dos Direitos do Homem que forneceu importante contribuição para a virada constitucionalista na França. “Reconhecer nos direitos humanos o ponto de partida de toda obra constitucional representou uma virada importante da modernidade cujo significado ainda não se esgotou” (Bignotto, 2013, p. 182).

Condorcet se dedicou, em 1792, à redação do texto da primeira Constituição republicana. A constituição estava conectada com os princípios do sufrágio universal e o princípio da igualdade política entre os cidadãos. A tolerância deveria ser referência para as leis da república. Condorcet também se preocupou com a revisão constitucional, e sustentou a ideia de que uma geração não teria o direito de sujeitar as leis às futuras gerações, e propôs uma revisão da constituição a cada 20 anos.

Os jacobinos, no entanto, frearam as intenções de Condorcet, e propuseram uma constituição que dissociou direito e política. Após o período do Terror, contando com os pensadores que haviam sobrevivido, dentre os quais Madame de Stael, foi promulgada em 22 de agosto de 1795 uma Constituição, que previa a separação de poderes Executivo e Legislativo, que seria dividido em duas câmaras. No entanto, diversos elementos inovadores foram retirados de pauta, como o sufrágio universal,

criando-se uma constituição frágil e vulnerável aos acontecimentos históricos que se seguiram na França (Bignotto, 2013, p. 185).

Sobre os movimentos constitucionalistas na América Latina, é comum que tenham sofrido influências dos movimentos provenientes da Europa e dos Estados Unidos da América. Mas há contribuições próprias de países da América Latina, como o caso do México, em 1917.

As cartas promulgadas na Venezuela, Nova Granada e no Chile foram as primeiras promulgadas (1811-1812), sendo liberais, com previsão de separação de poderes e garantias aos direitos civis individuais, propriedade privada e direitos políticos censitários (Domingues, 2013, p. 188). No entanto, os conflitos internos nesses países acabaram por implodir o sistema constitucional estabelecido.

Os movimentos de monarquias constitucionais na Argentina, no Chile e, anos depois, no México foram desmoralizados. No entanto, no Brasil, Dom Pedro I outorgou a Constituição de 1824, com vigência até o final do período do Império. Instaurou-se o chamado “poder moderador”. No entanto, em 1889, proclamou-se a República no Brasil, juntando-se aos outros países da América Latina quanto à forma de governo.

O século XX na América Latina se destaca com a Revolução Mexicana de 1910. Trata-se de um documento constitucional inovador, que antecede, inclusive, a Constituição da República de Weimar de 1917. Inaugurou-se o chamado constitucionalismo social, que sucedeu a fase liberal.

A constituição mexicana de 1917 incluiu direitos trabalhistas e sociais inéditos em todo o mundo, introduzindo dispositivos voltados especificamente para a realização da reforma agrária, em termos constitucionais, com uma relativização do direito absoluto à propriedade privada (ademais de ser anticlerical). (Domingues, 2013, p. 190).

Anos depois, a característica nacionalista apareceu nas constituições. Houve a reforma de 1949 de Perón, e o Brasil trouxe a Constituição de 1934, com sua sucessora, a outorgada por Vargas em 1937 e, adiante, a Constituição Democrática de 1946. Nessa fase, o Estado tinha um papel de intervenção considerável na vida social e econômica dos países que seguiram essa linha constitucional. O Brasil, diferente de seus vizinhos, vinculou à Constituição de 1934 novas formas de representação, associadas ao corporativismo profissional e sindical. “Nos outros países latino-americanos o corporativismo manteve-se preso à legislação infraconstitucional” (Domingues, 2013, p. 191).

Após esse período, surge a chamada revolução molecular democrática, que, na explicação de Domingues (2013, p. 192), implicou uma mudança de pensamento,

e uma alteração na forma de institucionalizar e fazer a política na América Latina, com um crescente foco para o pluralismo social. Nesse sentido, “originalidade e universalidade claramente se manifestam na participação da América Latina no empreendimento constitucional moderno”. (Domingues, 2013, p. 194).

A Constituição de 1988 no Brasil encontra variantes em todas as regiões, projetando para o futuro diversas garantias e direitos.

A Constituição de 1988 diferencia-se substancialmente das outras experiências constitucionais brasileiras e, de modo análogo, também inaugura um novo ciclo constitucional na América Latina. (...). A Constituição de 1988 é, pois, um símbolo do processo de consolidação da democracia, da pluralidade e da ampliação dos direitos sociais no subcontinente (Lourenço, 2016, p. 3).

A Carta Magna de 1988 contém diversos direitos e garantias fundamentais previstos em seu texto, e, uma vez violados pelos Poderes Executivo ou Legislativo, ainda que por omissão, o próprio texto constitucional abre espaço para a judicialização da política, entregando aos juízes o poder de decidir a respeito de uma questão substancialmente política. Naturalmente, há limites para isso.

2.2 Os Ensinos da Segunda Guerra Mundial e Seus Desdobramentos na Judicialização da Política

After the war, against that background, democrats everywhere, maybe especially in Germany, had to ask themselves some crucial questions such as, How could all this have happened? How do we prevent a recurrence of it? In other words: how to protect the rights of citizens in the future? (Vallinder, 1994, p. 94).

Após a Segunda Guerra Mundial, democratas em todos os lugares do mundo, especialmente na Alemanha, perguntaram-se como tudo aquilo foi acontecer. Igualmente, questionaram-se como se prevenir para que não se repetisse, e como proteger os direitos dos cidadãos no futuro (Vallinder, 1994, p. 94). A perplexidade advém do fato de que o Estado Democrático Alemão caiu após um exercício democrático. O princípio da maioria abriu espaço para que a democracia alemã ruísse em uma ditadura. “Em janeiro de 1933, após uma nova eleição geral em novembro de 1932, formalmente e em boa ordem constitucional, o líder nazista Adolf Hitler foi

nomeado chanceler e formou um governo de coalizão.” (Vallinder, 1994, p. 95, tradução minha).¹⁴

A democracia tem a fórmula de sua própria destruição, caso as instituições não se vigiem em um sistema de freios e contrapesos. Quando se confia em excesso na vontade popular, há o grave perigo de que um demagogo suba ao poder e ameace a própria democracia (Levitsky, Ziblatt, 2018, p. 48). Foi o que aconteceu na Alemanha, bastante fragilizada após a Primeira Guerra Mundial, em especial com a assinatura do Tratado de Versalhes.¹⁵ Segundo Hobsbawm (2001, p. 43), “em termos mais simples, a pergunta sobre quem ou o que causou a Segunda Guerra Mundial pode ser respondida em duas palavras: Adolf Hitler”.

A impessoalidade da guerra (Hobsbawm, 2001, p. 57), com mortes determinadas por apertar um botão ou mover uma alavanca, foi motivo para novas reflexões dos estudiosos das democracias. Hannah Arendt (1999, p. 299), a título exemplificativo, consterna-se com a banalidade do mal personificada em Eichmann, um dos responsáveis pela logística de extermínio judeu durante a Segunda Guerra Mundial. Segundo Arendt (1999, p. 299), “O problema de Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais”. Cumprir ordens legitimava o sufocamento dos direitos humanos.

Em que pese as guerras terem sido “visivelmente boas para a economia dos EUA” (Hobsbawm, 2001, p. 55), os profundos e graves custos humanos trouxeram ensinamentos para as sociedades, e as impeliram a desenvolver cartas de direitos voltadas à proteção do ser humano. “A República Federal da Alemanha levou-os em 1949: uma nova Constituição, o Grundgesetz - incluindo uma extensa Carta de Direitos, um Tribunal Constitucional, e revisão judicial - foi promulgada”, na explicação de Vallinder (1994, p. 95, tradução minha).¹⁶

Não custa lembrar que há 77 anos começava a Segunda Guerra Mundial. As atrocidades da guerra são recentes, e muito se fez para impedir repetições. O mundo

¹⁴ Texto original: In January 1933, following a new general election in November 1932, formally and in good constitutional order, the Nazi leader Adolf Hitler was appointed Chancellor and he formed a coalition government. (Vallinder, 1994, p. 95).

¹⁵ Eric Hobsbawm (2001, p. 43) explica que “Todo partido na Alemanha, dos comunistas na extrema esquerda aos nacional-socialistas de Hitler na extrema direita, combinavam-se na condenação do Tratado de Versalhes como injusto e inaceitável”.

¹⁶ Texto original: The Federal Republic of Germany took them in 1949: a new Constitution, the Grundgesetz – including an extensive Bill of Rights, a Constitutional Court, and judicial review – was enacted (Vallinder, 1994, p. 95).

e a Alemanha guardam cicatrizes profundas em relação ao passado, e mecanismos de freios e contrapesos foram estabelecidos. A Cláusula de Barreira alemã ¹⁷ dificulta a ascensão de *outsiders* na política, mantendo-se o establishment, e evitando-se o que ocorreu no passado: a abertura de portas para Hitler, que explorou uma crise (incêndio do Reichstag) para justificar a tomada do poder (Levitsky, Ziblatt, 2018, p. 97).

Em países em desenvolvimento, os direitos dos cidadãos são reiteradamente desrespeitados, e isso talvez explique a maior ingerência do Poder Judiciário na atuação dos outros poderes. “Não é uma coincidência que a necessidade de controle [de políticas públicas pelo Judiciário] é mais urgente em países em desenvolvimento”, explica Grinover e Spínola (2014, p. 17), e seguem: “[em países em desenvolvimento] o Legislativo e o Executivo com frequência ficam ociosos e os direitos fundamentais são pouco respeitados” (tradução minha).

Os direitos fundamentais, que ganharam relevância após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento de diversas cartas de direitos e a criação da ONU em 24 de outubro de 1945, continuam a ser esquecidos pelo Legislativo e pelo Executivo, especialmente em países em desenvolvimento, como acima mencionado. Esses direitos podem ser intencionalmente esquecidos. No entanto, por terem previsão constitucional, merecem ser salvaguardados de alguma maneira.

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal (art. 102 da CF), assim como são guardiões da democracia os partidos políticos (Levitsky, Ziblatt, 2018, p. 31). Estando em ordem a democracia, espera-se que os Poderes funcionem em um sistema de freios e contrapesos, de forma que nenhum usurpe os poderes dos outros, ainda que de forma “legal”, como acontece nos últimos anos na ditadura venezuelana. A regra da maioria não pode privilegiar direitos fundamentais de uns, e destruir os direitos fundamentais de outros.

¹⁷ Sperrklausel (Fünf-Prozent-Hürde): “Eine Sperrklausel in einem Wahlsystem macht die Mandatsvergabe an eine Partei vom Erreichen einer bestimmten Zahl von Stimmen abhängig. Sie verhindert, dass sehr kleine Parteien in einem Parlament vertreten sind und es so zu einer allzu starken Zersplitterung kommt. Für Wahlen zum Bundestag sowie zu Landtagswahlen und verschiedenen Kommunalwahlen gilt die Fünf-Prozent-Hürde. Eine Partei muss mindestens fünf Prozent der abgegebenen Zweitstimmen erhalten, um im Bundestag vertreten zu sein. Parteien mit geringerem Stimmenanteil werden bei der Verteilung der Mandate nicht berücksichtigt, es sei denn, sie erringen mindestens drei Direktmandate”. Disponível em: <https://www.bundestag.de/service/glossar/glossar/S/sperrklausel/246338>. Acesso em 03 outubro de 2018.

“Em um sistema majoritário, como o nosso, a voz das minorias é sufocada e só pode ser ouvida através do poder judiciário” (Grinover e Spínola, 2014, p. 19, tradução minha). É fato que o legislativo pode não querer legislar, caso isso signifique algum custo político, ou caso não haja impacto direto em um eleitorado significativo. Nesses casos, em um sistema cujas instituições funcionam, o legislativo desloca sua culpa (*blame shifting*) para um Poder que, caso decida de forma contrária à maioria, não vai ter custos políticos. Esse Poder é o Poder Judiciário, de natureza contramajoritária.

Em uma palavra: o Congresso parece deliberadamente evitar estas questões [de forte carga ideológica], provavelmente com o intuito de não ter de arcar com os custos eleitorais de uma decisão que inevitavelmente desagradará grande número de eleitores. Com a intensificação do processo de judicialização da política, os membros do Congresso sabem que estas questões controversas acabarão caindo nas mãos do Poder Judiciário, mas isso não parece ser contrário aos seus interesses (Cunha Filho, 2011, p. 15).

Uma das razões apontadas por Cunha Filho (2011, p. 12) para a crescente judicialização da política é a consolidação do regime democrático. Pressupõe-se que os direitos envolvidos em forte carga ideológica podem ser, não obstante protegidos constitucionalmente, sufocados em uma democracia crua, em que somente a regra da maioria tem valor. O poder contramajoritário, conforme será explicado adiante, também faz parte do modelo democrático não-minimalista.

De forma exemplificativa, a respeito da quebra da democracia, pode-se usar a estratégia de Hugo Chávez para tornar o poder contramajoritário um mero espelho do poder majoritário. “Em 2004, o governo Chávez expandiu o Tribunal Supremo para 22 membros e preencheu as novas cadeiras com lealistas ‘revolucionários’”, explicam Levitsky e Ziblatt (2018, p. 84), e seguem: “Isso produziu o efeito desejado. Ao longo dos nove anos seguintes, nem sequer uma única decisão do Tribunal Supremo foi contra o governo”. John Ferejohn (2002, p. 41) explica que desde a II Guerra Mundial houve uma mudança de poder das legislaturas para as cortes e outras instituições legais ao redor do mundo. Essa transmissão ou transferência de poderes é que é denominada por Ferejohn como sendo o fenômeno da judicialização.

2.2.1 A planificação dos direitos fundamentais: o Caso Lüth

A distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que pessoas nasçam em alguma posição particular na sociedade. Esses são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos. (Rawls, 1997, p. 109).

O fim da Segunda Guerra Mundial trouxe novas reflexões acerca de direitos naturais. Não é tão difícil compreender o porquê. Se só os direitos positivados é que deveriam ser respeitados, haveria legalidade – como argumentava Eichmann, em seu julgamento em Israel – em seguir ordens *hostis generis humani*. John Rawls explica, em sua teoria “Uma Teoria da Justiça”, que a natureza é arbitrária, em uma espécie de loteria natural, não sendo nem justa nem injusta. Seria injusto ou injusto a forma com que as instituições lidam com essa arbitrariedade natural. “A estrutura básica dessas sociedades [aristocráticas] incorpora a arbitrariedade encontrada na natureza” (1997, 109).

As instituições democráticas servem às majorias e às minorias, e os direitos fundamentais – agora, positivados e constitucionalizados – não são garantias apenas das majorias. O Poder Judiciário ganhou força como forma de poder contramajoritário, e responde às possíveis arbitrariedades dos demais poderes em um sistema de freios e contrapesos essencial à democracia.

Os direitos fundamentais constitucionalizados, após a Segunda Guerra Mundial, incidiam tradicionalmente na relação entre Estado e cidadão, mas a partir do Caso Lüth (Guedes, 2014) – na Alemanha, houve uma reviravolta nos entendimentos a respeito das garantias constitucionais, que se horizontalizaram e passaram a incidir em relações privadas. O Direito Constitucional, bem como os instrumentos de Controle de Constitucionalidade, atravessou o seio social e permite revisões judiciais de atos (ou omissões) advindos de outros poderes.

O caso foi o seguinte. O presidente do Clube de Imprensa de Hamburg – Erich Lüth –, foi condenado a uma pena pecuniária por se manifestar, publicamente, contra filme dirigido por Veit Harlan (*Amada Imortal*), a ser exibido na *German Film Week* em 1950. Pediu-se boicote ao filme. O motivo do boicote foi o fato de que Harlan produziu filmes antisemitas em 1940, sob ordens de Joseph Göbbels, ministro da propaganda nazista.¹⁸

¹⁸ Manifestação de Lüth: “The person least likely to restore the claim to morality which the German film forfeited during the Third Reich is the man who directed ‘Jud Süß’ and wrote the script for it. If this very man is chosen to represent the German film industry, who can tell what harm we may suffer throughout the world? True he was acquitted in a formal sense in Hamburg, but substantially the judgment was a condemnation. We must call on the distributors and cinema owners to show character—not cheap, but worth the price. And I want the German film to show character as well. If it shows character in its imagination, visual daring and sterling craftsmanship, it will merit every assistance and achieve what it needs in order to survive: success with the public here in Germany and abroad”. Disponível em: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>. Acesso em 03 outubro de 2018.

A produtora do filme de Harlan ingressou com processo contra Lüth, em razão de sua manifestação pelo boicote, e Lüth foi condenado a omitir-se de expressar sua opinião sobre o filme do diretor nazista. Fundamentou-se, na decisão, que Harlan teria sido absolvido de sua condenação por incitação ao antissemitismo, vez que apenas seguia ordens do ministro nazista.

Em recurso constitucional, a decisão foi reformada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, ou Bundesverfassungsgericht (BVerfG), justificando-se, pela primeira vez, que o Direito Constitucional deve pautar não só relações entre Estado e cidadão, mas também relações inteiramente privadas, sendo a liberdade de opinião – *Freiheit der Meinung* – um direito constitucional que deve prevalecer sobre o Código Civil. Em resumo, os direitos fundamentais são primariamente utilizados para proteger o cidadão do Estado, mas como emanam da Constituição Federal, aplicam-se a todo o sistema legal.

Observa-se que os direitos fundamentais constitucionalizados irradiaram por toda a sociedade e por todo o ordenamento jurídico. No Brasil, conforme se verá adiante, há a possibilidade de juízes de primeiro grau aferirem a constitucionalidade de determinadas regras, no chamado controle de constitucionalidade difuso. Os direitos fundamentais percorrem todo o ordenamento jurídico, e o Poder Judicial, contramajoritário, é o responsável por controlar possíveis disparates aos direitos dos cidadãos. “No final, talvez se estabeleça um novo equilíbrio em muitos países entre os direitos dos cidadãos e os direitos e obrigações da maioria (legislativa)” (Vallinder, 1994, p. 98, tradução minha).¹⁹

Essa conclusão também se coaduna com a explicação de Zauli *apud* Zuccolotto (2016, p. 74), que cita como causas da ascendência do judiciário a promulgação de uma Carta Constitucional de caráter programático e principiológico, bem como a consequente constitucionalização do direito, que permeou o ordenamento jurídico de valores e princípios. A ampliação do número de legitimados para propor ações constitucionais e a independência do Ministério Público e do Poder Judiciário em si também contribuem para o fenômeno da judicialização.

¹⁹ Texto original: In the end a new equilibrium will perhaps be established in many countries between the rights of citizens and the rights and obligations of the (legislative) majority (Vallinder, 1994, p. 98).

2.2.2 A revisão judicial nos Estados Unidos: Marbury versus Madison

Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados (Constituição dos Estados Unidos da América, 1787).

A Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 contém uma inequívoca cláusula de supremacia constitucional (Gusmão, 2008, p. 81). Seu artigo VI coloca a Constituição em uma posição hierarquicamente superior a todas as normas do país. No entanto, alguns anos foram necessários para que essa disposição fosse colocada em prática, uma vez que a Carta Constitucional dos Estados Unidos da América não continha nenhuma disposição explícita sobre a atribuição ao Poder Judiciário da tarefa de controlar formal e materialmente as normas infraconstitucionais estabelecidas (Gusmão, 2008, p. 82).

Antes mesmo da célebre decisão proferida por John Marshall, já havia uma polêmica a respeito da possível autoridade do Poder Judiciário como guardião da Constituição dos Estados Unidos da América. O *Hayburn Case*, de 1792, foi palco de uma dessas polêmicas, pois diversos tribunais questionaram a constitucionalidade do *Pension Act*. Antes que o Judiciário decidisse, o Congresso se adiantou e revogou a norma questionada. Também é possível citar o caso *Chilsholm versus Geórgia*, com destacada capacidade de inovação constitucional por parte da Suprema Corte por meio de interpretação dada. *Calder versus Bull* foi outro caso que suscitou debate a respeito da revisão constitucional: o juiz Samuel Chase proferiu decisão que se alinha com o que Marshall viria a decidir anos depois, mas o Tribunal negou ter autoridade para declarar a inconstitucionalidade de uma lei que ia de encontro à Constituição Americana. Por fim, deve-se citar o caso tributário *Hylton versus United States*, ao longo do qual se questionou a constitucionalidade de uma Lei Federal, e que fez o juiz Chase mencionar o poder da Suprema Corte de reconhecer o estatuto federal como inconstitucional e vazio (Gusmão, 2008, p. 82).

No caso *Marbury versus Madison*, restou clarividente a supremacia da Constituição. Marbury, nas últimas horas do mandato do Presidente John Adams, foi nomeado juiz de paz. No entanto, James Madison, cumprindo ordens do sucessor de Adams, Thomas Jefferson, não enviou a comissão que formalizaria a nomeação de

Marbury (Gusmão, 2008, p. 82). William Marbury, então, decidiu impetrar uma ação perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, objetivando assumir o cargo para o qual tinha sido nomeado por Adams.

O Juiz Marshall, com o caso em mãos, confirmou o direito material de Marbury de ter sua nomeação confirmada. No entanto, ao invés de discutir, em primeiro lugar, a questão da competência da Suprema Corte, que é logicamente decidida antes que se discuta o direito material pleiteado, Marshall fez um raciocínio inverso: seu objetivo era, por questão de incompetência de atribuição da Suprema Corte, não correr o risco de ver sua decisão ser descumprida pelo Poder Executivo. Resumidamente, Marshall argumentou que Marbury possuía direito material de ser nomeado como juiz de paz, mas, na segunda parte da decisão, julgou ser a Suprema Corte incompetente para decidir a respeito, por ser o §13 da Lei Judiciária de 1789 inconstitucional.

Mas esta perda no que concerne o direito pleiteado por Marbury já não é o mais importante, ainda que abrindo mão do direito material objeto da demanda, Marshall, pelo caminho, afirma uma competência muito maior, a competência de ser a Suprema Corte a guardiã da Constituição, a competência de intérprete final do texto constitucional. A decisão neutraliza seus inimigos já que lhes dá a improcedência do pedido e nada lhes ordena. Mas por outra feita atribui à Suprema Corte competência que lhe assegura um poder que jamais tivera e que marcará a importância de sua atuação até os dias de hoje. (Stern, 2016, p. 209).

Segundo Stern (2016, p. 209), “a genialidade de Marshall foi abrir mão do cargo de Marbury para afirmar uma competência ainda maior para a Suprema Corte, abrir ‘mão dos anéis para salvar os dedos’”. Após essa decisão, o poder de revisão judicial restou firmado: Marbury não assumiu o cargo que lhe fora atribuído por Adams, mas o motivo não era a ausência de seu direito material, conforme asseverou Marshall, mas a própria incompetência da Suprema Corte para obrigar sua nomeação, uma vez que a norma que autorizaria essa determinação judicial foi declarada incompatível com a Constituição dos Estados Unidos.

2.2.3 O controle de constitucionalidade europeu: *au commencement était Kelsen*

A Europa se valeu, a princípio, de um controle de constitucionalidade das leis diferente do sistema de revisão judicial estabelecido nos Estados Unidos. Enquanto que nos Estados Unidos os tribunais passaram a controlar a constitucionalidade das leis, na Europa, no Século XVIII, a ideia era a de que a Lei, por ser proveniente do Poder Legislativo, era a verdadeira expressão da vontade geral, e as constituições tiveram sua relevância normativa negada. O Poder Judiciário sofria com a

desconfiança da população, especialmente pela participação dos juízes em garantir privilégios durante o Antigo Regime, de forma que qualquer controle da legislação não era levado a cabo (Gusmão, 2008, p. 87).

Segundo Gusmão (2008, p. 87), não se tratava, na época, de uma negação absoluta da supremacia constitucional. O que acontecia era que as constituições não estariam enquadradas em uma esfera normativa cuja juridicidade não era questionada. Por ser tida como um instrumento político, a Constituição não poderia prevalecer sobre as leis em eventuais conflitos, pois as leis e a Constituição versavam sobre questões distintas (direito material e questões políticas).

Hablar de Constitución significaba tratar de un instrumento político que definía la estructura del Estado. Hablar de ley significaba tratar de un instrumento normativo que reglamentaba las relaciones sociales y cuya reivindicación generaba derechos subjetivos (Gusmão, 2008, p. 89).

Mesmo com a debilidade das constituições europeias da época, em meados do Século XIX e as primeiras décadas do Século XX, o constitucionalismo liberal se veria forçado a assimilar reivindicações sociais. Com a consolidação de regimes democráticos nos principais países da Europa, a posição de supremacia constitucional passa a ter relevância do cenário político europeu, com a formação de um Estado Constitucional (Gusmão, 2008, p. 91). Destaca-se, nesse contexto, a contribuição de Hans Kelsen e de sua ideia de norma fundamental.

Em suma, Hans Kelsen considerou o Direito como um especial sistema de normas, cujo fundamento de validade não estava em outros sistemas normativos, como a religião ou a moral; mas também não estava na ordem dos fatos, como numa política. Ou seja, uma norma jurídica não teria vigência por ser moral ou útil, mas apenas porque é norma jurídica. Assim, passa a ser obrigatória em virtude do comando de uma norma superior. Daí por que o Direito se assemelha a uma “pirâmide normativa”, no topo da qual se encontra a Constituição. Mas, como a própria Constituição carece de um fundamento jurídico, a rigorosa construção lógica de sua teoria o obrigou a pressupor uma “norma fundamental”, que valida a Constituição (Ramiro, Herrera, 2015, p. 241).

O modelo de Kelsen previa a criação de um órgão externo aos três poderes, que seria capaz de exercer o controle de constitucionalidade das leis. Esse modelo, quando adotado pelos principais países da Europa, acabou por consagrar o princípio da supremacia da Constituição, tida como a norma fundamental, que tem uma posição no topo da chamada pirâmide normativa. É a origem do controle concentrado de constitucionalidade e uma das portas para a judicialização da política, com a clara admissão de que políticos e demais legitimados procurem a Suprema Corte de forma originária, ou seja, por meio de ações diretas que são entregues para julgamento

diretamente ao Tribunal Superior, sem a necessidade de que chegue até ele pela via recursal, como é o caso do modelo norte-americano de revisão judicial.

2.2.4 A mistura brasileira

O Brasil possui tanto o controle de constitucionalidade de raízes europeias, quanto a possibilidade de revisão judicial embasada no modelo norte-americano. Trata-se de um sistema híbrido (Arantes, 2013, p. 200). O sistema brasileiro não é apenas difuso em razão da possibilidade de protocolo de ações diretas perante o STF: por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a título exemplificativo, a Suprema Corte do Brasil vai se pronunciar sobre um tema constitucional sem que tenha havido prévio debate em instâncias inferiores do Poder Judiciário. Ademais, o sistema do Brasil não é apenas concentrado porque a possibilidade de declaração de uma norma como sendo inconstitucional não é só do STF, mas também de todos os juízes e tribunais inferiores, que podem fazer análises casuísticas a respeito da constitucionalidade de determinada regra do ordenamento jurídico do país (Arantes, 2013, p. 201).

A via direta de controle de constitucionalidade vem se tornando bastante acessível a diversos legitimados, que são aqueles aos quais se dá permissão constitucional para fazer uso de ações de controle de constitucionalidade. Recentemente, durante o julgamento de medida cautelar em ADPF 527, o Ministro do STF Roberto Barroso proferiu uma decisão ainda mais ampliativa em relação à legitimidade ativa para propositura de ação direta na Suprema Corte, incluindo, no rol de legitimados, grupos minoritários e vulneráveis.²⁰

²⁰ Veja-se a Ementa: PROCESSO CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. AÇÃO PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. 1. De acordo com a jurisprudência do STF, as entidades de classe de âmbito nacional devem reunir os seguintes requisitos para configuração da legitimidade ativa para propor ação direta: (i) comprovação de associados em nove Estados da federação; (ii) composição da classe por membros ligados entre si por integrarem a mesma categoria econômica ou profissional; (iii) pertinência temática entre seu objetivo social e os interesses defendidos em juízo. 2. Superação da jurisprudência. A missão precípua de uma suprema corte em matéria constitucional é a proteção de direitos fundamentais em larga escala. Interpretação teleológica e sistemática da Constituição de 1988. Abertura do controle concentrado à sociedade civil, aos grupos minoritários e vulneráveis. 3. Considera-se classe, para os fins do 103, IX, CF/1988, o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem. 4. Ação direta admitida. (MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 527 DISTRITO FEDERAL). (STF, 2018, p. 1).

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 pode ser interpretada por vários atores, seja no debate de um caso concreto, seja numa discussão abstrata levada ao Supremo Tribunal Federal por diversos legitimados, criando-se o desafio para o tribunal de “lidar com uma pletera de particularismos organizados” (Arantes, 2013, p. 205). O Supremo transforma-se em um palco de competição política.

2.2.5 Os elementos facilitadores da judicialização da política

Mas o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos. (Madison, Hamilton, Jay, 1984, p. 350).

Já restou debatido que a judicialização da política implica tanto na exportação do método judicial de tomada de decisão para fora do Poder Judiciário como na transferência, para as mãos dos juizes, do poder de decisão acerca de questões políticas. Existem condições que favorecem esse fenômeno. No dizer de Barbosa (2015, p. 38), a respeito do pensamento de Tate:

Contribuem para a judicialização da política: 1) a presença de democracia; 2) a separação de poderes; 3) políticas (ou politização) de direitos; 4) grupos de interesses e uma oposição conhecedora dos meios judiciais para alcançar seus interesses; 5) partidos políticos fracos ou frágeis, coalizões governativas em instituições majoritárias, conduzindo ao impasse; 6) apoio público insuficiente, pelo menos em relação ao judiciário e 7) a delegação aos tribunais da autoridade sobre o processo decisório em certas áreas de políticas públicas.

A presença de democracia é essencial à judicialização da política. Considerando que, conforme será adiante debatido em tópico específico, a democracia se perfaz não só com o respeito à vontade política da maioria, mas também garantindo os direitos constitucionais fundamentais aos grupos discordantes das maiores vozes políticas, resta ao poder contramajoritário salvaguardar os direitos de grupos minoritários. Caso não exista democracia, pouco importa a existência de um Poder Judiciário capaz de guardar os direitos constitucionais de cada indivíduo.

A separação de poderes também é necessária. Ora, a transformação do Poder Judiciário em espelho do Poder Executivo, por meio de *court packing*, fere frontalmente a separação de poderes. Do mesmo modo, um Poder Judiciário que intervém em alto grau em questões do Poder Executivo, ou que invade atos interna corporis, sem critérios, do Poder Legislativo, também contribui para o enfraquecimento

do sistema de separação de poderes. No caso brasileiro, como será observado, o Poder Judiciário demonstra ser reticente quando vai decidir sobre a pauta das casas legislativas em Brasília.

É preciso assinalar também que, visto que as constituições escritas são, obviamente, destinadas a ser fonte de maior autoridade do que os atos da legislatura ordinária, é natural que a revisão judicial floresça mais vigorosamente onde as constituições escritas se tornaram uma tendência (Dumbauld, 1950, p. 202). Desse modo, possuir uma constituição escrita com inúmeros direitos previstos significa muitas vezes dizer que existe uma norma que tem uma condição superior às leis ordinárias, atribuindo-se aos tribunais a função de analisar as leis e de controlar a sua compatibilidade com a Lei Maior. Surge o cenário perfeito para a judicialização da política, com a possibilidade de que juízes, de maneira singular ou colegiada, interfiram no dia a dia do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

O próprio constitucionalismo implica a instituição de revisão judicial (ou de controle de constitucionalidade, a depender do país), por meio da qual os tribunais determinam se devem derrubar decretos legítimos, mas que apenas supostamente refletem a vontade popular (Post, 1998, p. 437). É que existe uma vontade primeira do povo, que se consubstancia naquilo que os juristas chamam de “poder constituinte originário”. Uma Carta Constitucional advém da manifestação desse poder, e possíveis emendas decorrem do chamado “poder constituinte derivado”. A vontade popular pode ser “falsa” por ser incompatível com sua primeira vontade constitucional.

Essa incompatibilidade é decidida, em geral, por Supremas Cortes (controle concentrado de constitucionalidade), ou por qualquer juiz (modelo difuso de revisão judicial), até que, por meio de recursos, a questão a ser decidida chegue nas mãos dos juízes de uma Corte Maior. Entenda-se a revisão judicial como sendo o poder de testar a constitucionalidade das leis aprovadas pela legislatura nacional, na explanação de Lijphart (2003, p. 254). No caso brasileiro, como adiante se detalhará, existe uma mistura entre o controle concentrado de constitucionalidade e o modelo de revisão judicial de caráter difuso. Essa possibilidade faz do Brasil um palco para o empoderamento do Judiciário.

No caso brasileiro, outros fatores, além do de possuir uma constituição escrita, estimulam a judicialização da política. Yadav e Mukherjee (2014, p. 03) explicam que “literaturas sobre política judicial e comparativa identificaram fatores importantes como

a fragmentação política, a incerteza eleitoral e a ideia de proteger os direitos humanos como sendo cruciais (...) para adotar poderes de revisão judicial” (tradução minha).

Sobre a fragmentação política, decorre do estudo de Barbosa (2015, p. 46) a conclusão de que “a revisão judicial tem mais probabilidade de florescer em sistemas de difusão das forças políticas do que em sistemas dominados por um único partido”. Um dos motivos que esse cientista político ressalta seria a própria incerteza eleitoral: “já que nenhum partido consegue prever quem poderá ganhar as eleições, eles irão preferir limitar os poderes da maioria e valorizar instituições minoritárias como a revisão judicial”.

Sendo assim, a revisão judicial é uma garantia aos partidos de oposição, no sentido de que, já que não chegaram ao poder, ainda terão armas para usar contra o partido vencedor, por meio de provocação do poder contramajoritário, em um sistema de freios e contrapesos. Yadav e Mukherjee (2014, p. 13), também ao falar de fragmentação partidária, explicam o seguinte:

Quando altos níveis de competição política criam legislaturas fragmentadas, os partidos governantes e de oposição não serão capazes de influenciar o processo legislativo a fim de impor sua agenda. Diante desse cenário, ambos podem optar por apoiar o empoderamento das Cortes com o poder de rever a legislação e os decretos executivos, e depois usar esses tribunais para resolver conflitos políticos (tradução minha).²¹

Przeworski *et al* (1997, p. 123) explica que a fracionalização extrema é mais comum no presidencialismo, como no caso brasileiro, ocorrendo em 18% do tempo, enquanto sob o parlamentarismo a fracionalização ocorre em 8,9% do tempo.

A respeito da proteção dos direitos humanos, que justificariam a ascensão do judiciário nas últimas décadas, percebe-se ser o poder de revisão judicial essencial à salvaguarda dos referidos direitos. Em perspectivas mais avançadas de democracia, a proteção dos indivíduos e de seus direitos frente ao Estado é essencial para mantê-la.²² A regra da maioria não é suficiente à democracia. As instituições minoritárias são

²¹ Texto original: When high levels of political competition create fragmented legislatures, ruling and opposition parties will not be able to influence the legislative process in order to legislate their agenda. Faced with this scenario, both may choose to support empowering courts with the power to review legislation and executive decrees and then use them resolving policy conflicts (Yadav e Mukherjee, 2014, p. 13).

²² Mainwaring Et Al (2001) define a democracia como sendo um regime político que promove eleições competitivas e limpas para o Legislativo e o Executivo; que pressupõe uma cidadania adulta abrangente; que protege as liberdades civis e os direitos políticos; no qual os governos eleitos de fato governam e os militares estão sob o controle civil. Para esses cientistas, “é um erro (...) classificar regimes políticos sem fazer julgamentos acerca do respeito às liberdades civis e sem verificar se as autoridades eleitas realmente governam”.

necessárias à proteção dos indivíduos ²³ e, tomando por base a ideia de que as normas constitucionais são superiores às leis, mesmo que não exista, no texto constitucional, referência à revisão judicial, ela estará estabelecida automaticamente, justamente por seu status superior (Lijphart, 2003, p. 254).

Outra razão para o empoderamento judicial, além da proteção aos direitos humanos, fragmentação partidária e incerteza eleitoral, seria a confiança do povo no Poder Judiciário, que acaba por entregar uma legitimidade às Supremas Cortes, incentivando-se seu ativismo. Yadav e Mukherjee (2014, p. 41) explicam que o suporte público ao Judiciário em novas democracias dá às cortes de países em desenvolvimento uma janela de oportunidades para que elas reafirmem sua autonomia política em relação ao Executivo. Eles sugerem que o crescimento da confiança pública no Judiciário também induz as Supremas Cortes a tomarem posições que fazem o Executivo obedecer a previsões constitucionais que explicitamente conferem às cortes uma ampla autoridade de revisão judicial. O empoderamento judicial é um fenômeno multicausal. Como explicado, Yadav e Mukherjee (2014) sugerem que o *public support* empodera cortes.

Os judiciários obtêm sua legitimidade e apoio político não apenas em razão das previsões constitucionais que determinam seus poderes, mas também da popularidade e respeito que gozam entre os cidadãos de um país. Para as novas democracias, o nível de confiança pública que o judiciário desfruta no momento da transição será influenciado pelo legado de confiança que se tem no regime para o regime novo, assim como a confiança se desenvolverá subsequentemente no novo regime democrático. (Yadav e Mukherjee, 2014, p. 40, tradução minha).²⁴

O Brasil tem um baixo nível de confiança no Poder Judiciário. Segundo Yadav e Mukherjee (2014, p. 138), a percepção do brasileiro em relação ao Judiciário,

²³ O'Donnell (2000, p. 340) explica: "Se no país X existe uma condição difusa de pobreza extrema (a qual afeta muito mais capacidades do que aquelas baseadas unicamente em recursos econômicos), seus cidadãos são de facto privados da possibilidade de exercer sua autonomia, exceto talvez em esferas que se relacionem diretamente com sua própria sobrevivência. Se a privação de capacidades decorrente da pobreza extrema significa que muitos enfrentam enormes dificuldades para exercer sua autonomia em muitas esferas de sua vida, parece haver algo errado, em termos tanto morais quanto empíricos, na proposição de que a democracia não tem nada a ver com esses obstáculos socialmente determinados. Em realidade, dizer que ela não tem nada a ver é muito forte: os autores que aceitam uma definição baseada no regime advertem com frequência que, se essas misérias não forem enfrentadas de algum modo, a democracia, mesmo numa definição estreita, estará ameaçada".

²⁴ Texto original: *Judiciaries obtain their legitimacy and political support not just from the constitutional provisions that determine their powers but also from the popularity and respect they enjoy among the citizens of a country. For new democracies, the level of public trust that the judiciary enjoys at the time of transition will be influenced by the legacy of trust in carries from the previous regime to the current regime, as well as the trust in develops subsequently in the new democratic regime (Yadav e Mukherjee, 2014, p. 40).*

especialmente no período de transição para a democracia, era a de um Poder que colaborou com o regime militar, e que foi usado como instrumento para a consolidação e controle do referido regime. Esse mesmo Poder Judiciário concedeu anistia para os perpetradores de torturas contra civis durante o militarismo, e perdeu credibilidade frente aos defensores de direitos humanos e civis. Outros fatores contribuem para a baixa confiança do brasileiro no Poder Judiciário, como a falha desse poder em checar possíveis abusos estatais contra cidadãos e a inacessibilidade de diversos segmentos sociais ao Judiciário em razão de corrupção e conchaves excludentes. Quando a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, o contexto era o seguinte.

Assim, o Judiciário como uma instituição obteve pouco apoio público. Essa era então a situação do judiciário que as elites políticas tiveram que enfrentar no período imediato pós-transição no Brasil. Portanto, de 1986 a 1990, o Brasil tinha baixa concentração legislativa e baixa confiança pública no Judiciário. (Yadav e Mukherjee, 2014, p. 141, tradução minha).²⁵

Em sendo assim, no caso brasileiro, o poder de revisão judicial foi impulsionado por uma onda de interesses das elites políticas. Em um contexto de alta fragmentação partidária e de baixa concentração legislativa, tornou-se interessante, face à incerteza política, consolidar acesso às políticas públicas por uma via transversal à via majoritária: utilizar-se do poder contramajoritário como instrumento de interesse político, ainda que determinada elite estivesse, no momento, fora do poder.

Isso, inclusive, afeta do modo de agir do Poder Judiciário, ao ignorar o princípio dos precedentes. Decisões subseqüentes não precisam respeitar as precedentes, salvo em casos específicos, como na hipótese de uma súmula vinculante, que é uma decisão consolidada do Supremo Tribunal Federal que necessariamente deve ser seguida pelos demais juízes. Em não sendo uma decisão vinculante, os juízes têm autonomia para decidir, e isso dá aos políticos mais meios legais para afetar as decisões do governo (Santiso *apud* Yadav e Mukherjee, 2014, p. 143).

No caso de alta concentração legislativa, a hegemonia legislativa dá ao governo os instrumentos legislativos necessários para a aprovação de emendas para reduzir os poderes do Judiciário, de forma que esse não consiga desafiar a agenda legislativa do governo. Helmke e Staton *apud* Yadav e Mukherjee (2014, p. 44) explicam que, em resposta ao ativismo dos juízes, quando tendem a enfrentar atores poderosos do

²⁵ Texto original: Thus, the judiciary as an institution commanded little public support. This then was the state of the judiciary that political elites had to contend with in the immediate post-transition period in Brazil. Therefore, from 1986 to 1990, Brazil had both low legislative concentration and low public trust in the Judiciary (Yadav e Mukherjee, 2014, p. 141).

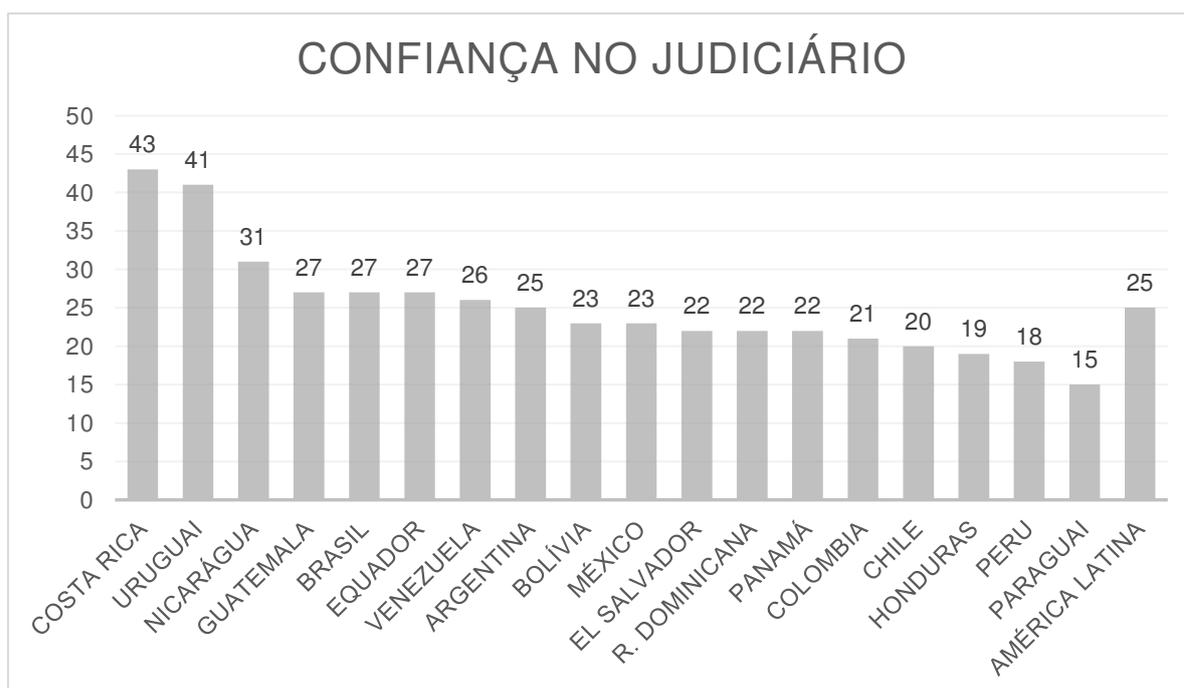
governo, os governos latino-americanos atacam as cortes via *court packing*, *impeachment*, renúncias forçadas de juízes, ou dissolução institucional.

No Brasil, o cenário observado durante a Assembleia Constituinte era de baixa concentração legislativa (PFL e PMDB como partidos dominantes), e os partidos que detêm maiorias legislativas se beneficiariam dos poderes de revisão judicial. Quando estivessem fora da arena governamental, poderiam desafiar as decisões do Poder Executivo ou do Poder Legislativo pela via judicial.

Ademais, o baixo suporte público ao Judiciário tranquilizou os partidos quanto ao estabelecimento de poderes de revisão judicial e de controle de constitucionalidade, uma vez que um Poder Judiciário com baixo apoio popular dificilmente vai conseguir desafiar de forma independente o governo eleito.

Em resumo, os partidos do governo se sentiram seguros de que o judiciário estaria relutante em desafiar o governo, uma vez que não possuía o capital social necessário para desafiá-lo diretamente, a fim de estabelecer-se como um poder político independente no emergente cenário político brasileiro (Yadav e Mukherjee, 2014, p. 145). O cenário de desconfiança do brasileiro para com o Judiciário se mantém, conforme dados obtidos do Latinobarómetro (2017, p. 25), demonstrados abaixo no Gráfico 1.

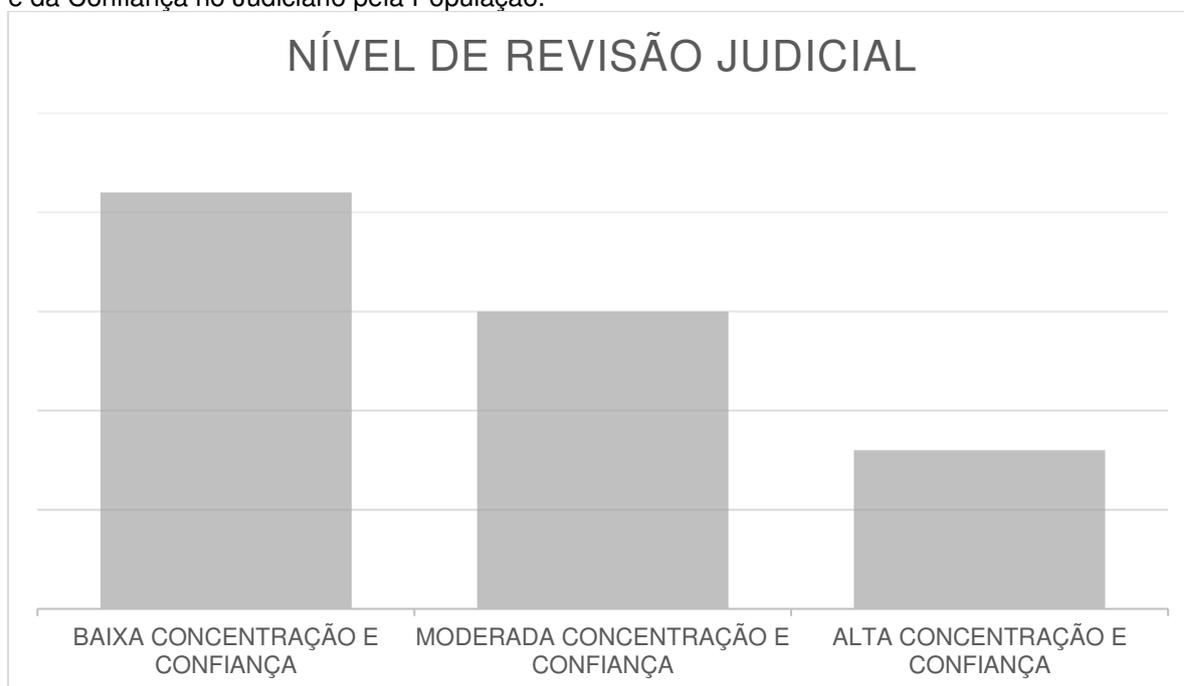
Gráfico 1: Percentual de Confiança da População no Poder Judiciário na América Latina.



Fonte: Adaptado do Latinobarómetro 2017.

Numa escala de -1 a + 2, no cálculo para mensuração do nível de revisão judicial, o Brasil ficou com 1.3, o que demonstra que a Constituição Federal do Brasil explicitamente garante às cortes o poder de revisão judicial (Yadav e Mukherjee, 2014, p. 144). O Gráfico 2 utiliza a referida escala sobre revisão judicial para quando há baixa concentração legislativa e baixa confiança no Judiciário; moderada concentração legislativa e moderada confiança no Judiciário; e alta concentração legislativa com alta confiança no Poder Judiciário.

Gráfico 2: Nível Médio de Revisão Judicial em Novas Democracias a partir da Concentração Legislativa e da Confiança no Judiciário pela População.



Fonte: Adaptado de Yadav e Mukherjee (2014, p. 100).

Percebe-se, conforme gráfico apresentado, que quanto menor a concentração legislativa e menor o apoio público ao Poder Judiciário, maior o nível médio de revisão judicial em determinado país. Trata-se de um Judiciário fraco para desafiar o governo, e ao mesmo tempo um instrumento que assegura aos partidos oposicionistas algum poder de agenda frente ao governo.

A análise de Yadav e Mukherjee (2014, p. 145) sobre a Indonésia mostra que, naquele país, em sua nova democracia, havia pouco ou nenhum incentivo para propiciar ao Judiciário completa e explícita capacidade de revisão judicial, tendo-se em vista a alta concentração legislativa. Já no Brasil, os partidos políticos se utilizam

dos juízes para ter poder sobre a agenda. Sobre isso, explicam Yadav e Mukherjee (2014, p. 145) que “eventos subsequentes mostraram o uso extensivo que os partidos políticos no Brasil fizeram desses poderes [dos juízes] para pressionar por suas próprias agendas, desafiar o governo e conter o poder executivo.”²⁶

O Brasil se tornou, assim, um palco para a judicialização da política. É um país com alta fragmentação partidária, com tendências para aumento de fragmentação²⁷; um ambiente com baixa concentração legislativa, sem a existência de um partido dominante no Congresso; com forte incerteza eleitoral, diante de uma polarização extrema dentro da população²⁸; com baixa confiança no Poder Judiciário; e a necessidade constante de proteção de direitos fundamentais violados no Brasil. As condições necessárias, mas não isoladamente suficientes, para a judicialização da política, tais como a existência de democracia, separação de poderes, também se fazem presentes no contexto tupiniquim.

A visão de Ferejohn (2002, p. 42) também merece ser exposta. Para esse autor, os papéis legislativos transferidos às cortes têm três feições: a primeira seria a de imposição de limites substantivos às instituições legislativas; a segunda diz respeito ao lugar que estão ganhando as cortes onde as políticas substanciais são feitas e; por último, trata-se da regulação de condutas políticas em si, construindo-se comportamentos aceitáveis. Para ele, existem razões que explicam a aceitabilidade dos grupos políticos quanto à ingerência do Judiciário em áreas que não são propriamente de sua alçada.

Ora, os legisladores, sabendo que não podem ter controle a respeito das decisões judiciais nas mais variadas áreas da vida pública, acabam por tentar, eles mesmos, afetar ou influenciar quem está a decidir ou quem elabora argumentos para

²⁶ Texto original: Subsequent events have shown the extensive use political parties in Brazil have made of these powers to push for their own agendas, to challenge the government, and to contain the executive (Yadav e Mukherjee, 2014, p. 145).

²⁷ Para a BBC, em relação ao novo governo do Presidente Jair Bolsonaro: “Dois fatores, porém, representam riscos para a articulação do novo governo: o aumento da fragmentação do Parlamento, que terá um número recorde de partidos a partir de 2019, e a ampla renovação, que implica um grupo grande de congressistas inexperientes”. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46036919>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

²⁸ Conforme Borges e Vidigal (2018, p. 53), “a polarização do eleitorado (polarização de massas) é um fenômeno que tende a estar associado a identidades partidárias intensas, do tipo “nós contra eles”, e também a grandes diferenças de opinião e ideologia entre os eleitores identificados com cada um dos partidos”.

o governo (Ferejohn, 2002, p. 64)²⁹. Assim, a judicialização não se perfaz apenas com as três feições acima citadas, sendo possível observar a transformação de questões políticas em questões legais, na perspectiva de Tocqueville.

A hipótese da fragmentação do poder e a hipótese dos direitos são examinadas por Ferejohn (2002, p. 55) como duas causas gerais para a judicialização da política. A primeira se refere à possível imobilidade de um Poder em agir, em decorrência de fragmentação do poder. A tendência seria a gravitação dos interessados em tentar resolver um conflito não no palco do Poder competente, mas sim no daquele que realmente pode encontrar soluções, como uma Corte Constitucional. Exemplo dessa fragmentação seria a própria estrutura federalista, que proporciona a coexistência de um poder central e governos locais, abrindo-se espaço para a atuação judicial (2002, p. 57).

Outra hipótese de fragmentação de poder seria a própria estrutura presidencialista, com uma divisão de poderes de forma horizontal entre presidente, com seu poder de veto, a título exemplificativo, e legisladores. Institucionalmente, segundo Ferejohn (2002, p. 57), no presidencialismo existe uma maior tendência de que os poderes sejam fragmentados que em sistemas parlamentares.

A segunda causa da judicialização explorada seria a dos direitos. As cortes têm o papel de proteger os direitos e liberdades individuais contra possíveis abusos políticos, implicando-se em consequente judicialização.³⁰ Houve essa percepção de forma especialmente urgente na Itália e Alemanha após a II Guerra Mundial. Ferejohn, (2002, p. 56) ressalta: “o processo ordinário de produção legislativa nesses países falhou completamente quanto ao respeito a direitos humanos durante os períodos do fascismo e nazismo” (tradução minha).³¹

²⁹ Segue o texto original: Legislators, knowing that they cannot control judicial rule-making in a variety of areas of public life, must try either to affect who sits on the bench or who makes arguments for the government (Ferejohn, 2002, p. 64).

³⁰ Segue o texto original: I shall explore two general causes of judicialization. The first is an increasing fragmentation of power within the political branches which limits their capacity to legislate, or to be the place where policy is effectively formulated.⁵⁶ I shall call this the fragmentation hypothesis. When the political branches cannot act, people seeking resolution to conflicts will tend to gravitate to institutions from which they can get solutions; courts (and associated legal processes) often offer such venues. At least in the United States, with its system of checked legislative powers, a divided legislature cannot easily stop courts from making policy—even quite unpopular policies. The second cause is more nebulous but perhaps more important. It is the sense that courts (at least certain courts) can be trusted to protect a wide range of important values against potential political abuse. Let us call this the rights hypothesis. (Ferejohn, 2002, p. 55).

³¹ Segue o texto original: The need to ensure that ordinary lawmaking would be regulated by fundamental values was especially urgently felt in Italy and Germany: The ordinary lawmaking

As causas para a judicialização da política são variadas e analisadas ao redor do mundo por diversos cientistas políticos. O Brasil é o arquétipo de país que propicia uma ingerência do Poder Judiciário nos demais Poderes: ele tem alta fragmentação partidária, desconfiança em relação ao Judiciário, incerteza eleitoral, violação de direitos fundamentais, baixa concentração legislativa, a presença de democracia e de uma constituição com a previsão de diversas formas de revisão judicial.

2.2.5.1 A condição necessária, porém não suficiente para a judicialização da política: a democracia

Os tópicos precedentes já firmaram a ideia de que a democracia não se perfaz, tão somente, com o respeito à vontade da maioria. Ao longo dos anos, o conceito de democracia passou a agregar cada vez mais requisitos para que possa ser tida como uma democracia plena. A regra da maioria é, sim, condição necessária para a existência de um regime democrático, mas deixou de ser condição suficiente (Carvalho, 2004, p. 117).³² Como já foi visto, os abusos cometidos contra seres humanos durante a II Guerra Mundial impulsionaram o Poder Judiciário para um cenário de protagonismo. Não obstante a vontade da maioria ser fundamental para que se tenha a fixação de um regime democrático, isso não significa dizer que grupos minoritários devam ser deixados de lado. Os movimentos constitucionalistas estimularam a elaboração de constituições que preveem direitos e garantias fundamentais para todos os cidadãos.

Mesmo que a maioria discorde desses direitos, ou que faça pouco caso em relação a certos grupos minoritários, e mesmo que o Poder Legislativo ou o Poder Executivo sejam omissos quanto à salvaguarda dos direitos desses grupos, o poder contramajoritário, que é o Poder Judiciário, tem o dever constitucional de fazer executar políticas públicas ou de, inclusive, tomar decisões abstratas, no sentido de fazer valer a Constituição Federal para todos os indivíduos.

processes in those countries had completely failed to respect human rights during the fascist and nazi periods. (Ferejohn, 2002, p. 56)

³² [A democracia] é condição necessária, porém não suficiente para o surgimento da judicialização. Em todos os países estudados a democracia fazia parte do ambiente político. Esse diagnóstico consolida a tese de que não é possível compatibilizar governos autoritários e a expansão do poder judicial. A história do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro está repleta de exemplos que comprovam a impossibilidade de existir um processo de expansão do poder judicial em países autoritários. (Carvalho, 2004, p. 117).

Um exemplo básico é o já citado caso dos autistas. Tais cidadãos não recebiam tratamento adequado por parte do poder público do Estado de São Paulo. Coube ao Poder Judiciário atuar como administrador e legislador, ao determinar que todos os autistas daquele Estado deveriam receber tratamento integral: médico, educacional, psiquiátrico (Grinover, Spínola, 2014). É comum que a maioria eleitoral sequer lembre da existência de pessoas autistas. Em eleições, sequer vão dar atenção aos candidatos que têm propostas de políticas públicas exclusivas para esse grupo minoritário. Mas essa falta de atenção não significa que esse grupo deva ser deixado de lado pelo Poder Público.

Existem benefícios àqueles que detém o poder político quando da expansão do poder judicial. Hirschl *apud* Barbosa (2015, p. 32) explica o significado de *blame shifting*, que implica dizer que existe uma transferência de responsabilidade da arena política para a arena jurídica, de forma a reduzir os custos para a tomada de uma decisão. Uma decisão de alto custo para um político é transferida para um juiz.

Além disso, “quando políticos procuram apoio público para assuntos controversos, baseando-se na imagem pública das altas cortes nacionais como órgão profissionais e apolíticos” ou, ainda, quando disputas públicas características do debate legislativo possam colocar preferências política em risco, “desviar a responsabilidade para o Judiciário pode vir a ser uma opção atrativa” (Barbosa, 2015, p. 32). Como os Ministros do STF não são eleitos, e nem precisam se reeleger, esperam-se deles decisões imparciais e sem preocupação com custos políticos.

Por vezes, é melhor transferir determinada decisão ao judiciário do que ter custos políticos ao legislar sobre algum tema polêmico. No Brasil, o Poder Legislativo foi omissos quanto ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas o Supremo Tribunal Federal o autorizou. Entre legislar favoravelmente ao casamento homossexual ou legislar de forma contrária, o Poder Legislativo preferiu ficar omissos.³³

Uma das principais manifestações dessa tendência tem sido a judicialização da política — o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas. (...). Manchetes sensacionalistas sobre decisões judiciais importantes a respeito de temas controversos — casamento entre pessoas do mesmo sexo, limites para o financiamento de campanhas e ações afirmativas, para dar apenas alguns exemplos — tornaram-se fenômeno comum. (Hirschl, 2006, p. 140).

³³ Sobre o tema, veja-se o Projeto de Lei nº 612/2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>. Acesso em 13 de janeiro de 2019.

Sobre a democracia, Dahl (2016, p. 49) identifica critérios que giram em torno do conceito desse regime: a participação efetiva, que significa que todos os membros do grupo devem ter oportunidades iguais e efetivas para expressar suas opiniões e tê-las reconhecidas pelos demais; a igualdade de voto, sendo os votos contabilizados com o mesmo peso; entendimento esclarecido, de forma a oportunizar aprendizado igualitário sobre as políticas que podem ser adotadas; controle do programa de planejamento, com a opção de os membros decidirem como e quais questões irão pautar no planejamento; e inclusão dos adultos, com pleno direito de cidadãos (participação efetiva) para todos ou quase todos.

Ao responder à pergunta “Por que a democracia?”, (Dahl, 2016, p. 58) elenca as seguintes consequências desejáveis: evita a tirania, direitos essenciais, liberdade geral, autodeterminação, autonomia moral, desenvolvimento humano, proteção dos interesses pessoais essenciais, igualdade política, e a busca pela paz e prosperidade.

Sobre a política democrática, Moe (2005, p. 229) defende a ideia de que, cooperação e poder são as duas faces de uma mesma moeda: a cooperação faz o exercício do poder possível, e o exercício do poder motiva, com frequência, a cooperação. Os teóricos da escolha racional encontram na cooperação uma forma institucional básica para a existência de uma democracia. Segundo Moe (2005, p. 222), a solução institucional, que é a estrutura básica da democracia, foi cooperativa e mutuamente benéfica desde o Século XVII na Inglaterra, quando os reis, sem credibilidade e necessitando de recursos financeiros das elites para financiar campanhas militares e outras necessidades do governo monárquico, optaram pela diluição de seus poderes, que foram transferidos para o parlamento e para um judiciário independente.

Outros exemplos são citados por Moe (2005, p. 222), como no caso da América Latina, e menciona o estudo de Przeworski sobre a democracia e seu argumento de que ela emerge quando grupos de oposição veem as eleições como instrumentos críveis que possibilitam a chance de conquista de espaço político, e que, mesmo que a eleição seja perdida por determinado grupo, isso não implica dizer que ele não terá oportunidade de lutar por seus próprios interesses ao longo do tempo. “As democracias são, portanto, estruturas de cooperação e benefícios mútuos” ³⁴ (Moe, 2005, p. 222, tradução minha).

³⁴ Texto original: Democracies are thus self-enforcing structures of cooperation and mutual benefits. (Moe, 2005, p. 222).

Esse argumento parece ir ao encontro da característica da “reserva institucional” sustentada por Levitsky e Ziblatt (2018, p.107). Segundo eles, “a reserva institucional pode ser compreendida como o ato de evitar ações que, embora respeitem a letra da lei, violam claramente o seu espírito”. Seria uma norma crucial para a sobrevivência da democracia: mesmo tendo determinado poder de domínio sobre a agenda, que pode ser considerado nocivo às instituições democráticas, o ator político não o utiliza. A ilustração de Moe (2005, p. 226) é bastante pertinente: um criminoso armado coloca a vítima em uma posição de escolha entre sua vida ou sua carteira. Nesse caso, o criminoso controla a agenda, e a vítima não tem a alternativa de não se colocar na situação de decisão. Por certo, escolherá continuar vivo.

Barbosa (2015, p. 35), utilizando-se de explicação de Neal Tate, escreve que “a judicialização pode parecer um atentado contra a democracia como regra majoritária e responsabilidade popular, mas é muito improvável encontrá-la fora do regime democrático”. Sendo assim, a democracia é tida como condição necessária, porém não suficiente, para o fenômeno da judicialização da política.

Dessa maneira, a judicialização da política só acontece em democracias. Uma decisão política de um poder contramajoritário sobre uma questão advinda do poder majoritário só pode acontecer em regimes que são considerados democráticos. *Court packing*, como no caso Venezuelano, é um dos primeiros sinais de que a democracia deixou de existir: o antes poder contramajoritário passa a ser majoritário, alinhado às preferências políticas dos poderes majoritários. Apesar de certas atitudes do Poder Judiciário serem criticáveis, na medida em que há interferências dele no Poder Executivo e no Poder Legislativo, deve-se ter em mente que a judicialização da política é um fenômeno atrelado à democracia.³⁵

O regime democrático já foi caracterizado tão somente pela existência de eleições livres e limpas, com alternância de poder. Muitos cientistas políticos sentiram a necessidade – diante do risco de incluir regimes autoritários na categoria de democráticos – de ampliar a noção de democracia, expulsando dessa caracterização países que encenam eleições limpas e defendem seus regimes como sendo

³⁵ No Brasil, o atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, demonstrou opinião favorável ao “Court Packing” no Brasil, antes de ser eleito. Nesse caso, o poder contramajoritário deixaria de existir. Veja-se: “O pré-candidato à Presidência do PSL, Jair Bolsonaro, declarou que deseja aumentar de 11 para o 21 o número de ministros do Supremo Tribunal Federal caso seja o vencedor das eleições 2018. Juristas ouvidos pelo Estado avaliam que a medida é inconstitucional e dificilmente prosperaria”. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-stf-juristas-criticam,70002383890>. Acesso em 13 de janeiro de 2019.

democráticos, mas que violam elementos fundamentais de um verdadeiro regime democrático.

Mainwaring *et al* (2001) define a democracia como sendo um regime político que promove eleições competitivas e limpas para o Legislativo e o Executivo; que pressupõe uma cidadania adulta abrangente; que protege as liberdades civis e os direitos políticos; no qual os governos eleitos de fato governam e os militares estão sob o controle civil. Para esses cientistas políticos, “é um erro (...) classificar regimes políticos sem fazer julgamentos acerca do respeito às liberdades civis e sem verificar se as autoridades eleitas realmente governam”.

A definição do regime político semidemocrático advém da necessidade de encontrar uma categoria intermediária entre o regime autoritário e o democrático. Mainwaring *et al* (2001) explica a semidemocracia como sendo aquele regime em que há violações parciais dos elementos intrínsecos a uma democracia. Se, em determinado regime, o chefe do Executivo e os membros do Legislativo não são eleitos, há uma violação grave (regime autoritário); se, por outro lado, os líderes são eleitos, mas há queixas de fraudes nas eleições que, no entanto, não distorcem completamente os resultados da votação, há uma violação parcial (regime semidemocrático). Esse mesmo raciocínio serve aos outros elementos da democracia: voto inclusivo, liberdades civis, e condições reais dos eleitos de governarem.

O conceito de semidemocracia permite-nos identificar os muitos regimes em que as imperfeições na prática democrática prejudicam, mas não destroem completamente a efetividade das instituições eleitorais. A inclusão da categoria de semidemocracia aumenta o nível de discriminação de nossa escala (porque se presume que diminua os erros de mensuração), e ainda nos permite pensar os regimes em termos de categorias conceitualmente ricas. (Mainwaring, Brinks e Péres-Liñán, 2001, p. 667).

Sobre a concepção minimalista de democracia, muito se fala nas ideias do austríaco Schumpeter. Esse autor estabeleceu o conceito de “método democrático”, que foi definido como o sistema institucional para chegar a decisões políticas no qual os indivíduos adquirem poder para decidir através de uma luta competitiva pelo voto dos cidadãos (O’Donnell, 2011, p. 24).

O’Donnell (2011, p. 24) afirma que a visão de Schumpeter sobre a democracia é elitista, mas não necessariamente minimalista. “As várias condições que Schumpeter introduz apontam que sua definição da democracia não é tão minimalista ou tão rigidamente centrada no ‘método’ ou no processo de eleições” (O’Donnell, 2011, p. 24). Para esse autor, desse modo, mesmo a concepção de Schumpeter já

escapava da rigidez minimalista sobre o regime democrático. Em sua perspectiva de democracia, O'Donnell se preocupa com a autonomia dos cidadãos, que às vezes é limitada por problemas básicos que afetam sua própria sobrevivência.

Se no país X existe uma condição difusa de pobreza extrema (a qual afeta muito mais capacidades do que aquelas baseadas unicamente em recursos econômicos), seus cidadãos são de facto privados da possibilidade de exercer sua autonomia, exceto talvez em esferas que se relacionem diretamente com sua própria sobrevivência. Se a privação de capacidades decorrente da pobreza extrema significa que muitos enfrentam enormes dificuldades para exercer sua autonomia em muitas esferas de sua vida, parece haver algo errado, em termos tanto morais quanto empíricos, na proposição de que a democracia não tem nada a ver com esses obstáculos socialmente determinados. Em realidade, dizer que ela não tem nada a ver é muito forte: os autores que aceitam uma definição baseada no regime advertem com frequência que, se essas misérias não forem enfrentadas de algum modo, a democracia, mesmo numa definição estreita, estará ameaçada. (O'Donnell, 2000, p. 340).

Desse modo, a democracia pode ser ameaçada quando há privação de capacidades dos cidadãos. É inegável que o poder contramajoritário surge como uma possibilidade de garantir direitos fundamentais para os que não se enquadram na opinião majoritária. Não fosse o Poder Judiciário em algumas novas democracias, haveria uma tirania da maioria, e os direitos constitucionais seriam aplicados apenas a uma parcela da população. Seria hipótese do fim do regime democrático.

É preciso atentar também para o risco de fracasso econômico e a consequente influência negativa para com o regime democrático. Dahl (2005, p. 89) discorre que o sucesso econômico pode confrontar hegemonias, que acabam almejando uma liberalização política. No entanto, o fracasso econômico é que é responsável por ameaçar, de forma acentuada, a manutenção das poliarquias. A razão para isso, segundo esse autor, seria a de que abalos econômicos geram demandas por regimes hegemônicos e por uma ordem social centralmente controlada.

3 DA ARENA LEGISLATIVA PARA A ARENA JUDICIAL: A ALTERNÂNCIA DE RINGUES

O processo legislativo se desdobra na arena legislativa. “O procedimento legislativo consiste na elaboração de emendas à Constituição; leis complementares, ordinárias e delegadas, medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções” (Aragão, 2013, p. 101). Os respectivos regimentos das casas legislativas também versam sobre os procedimentos a serem adotados no dia a dia do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

O Congresso Nacional é responsável por tratar, dentre outros vários temas, sobre questões orçamentárias, sobre tributação, anistia, moeda, com competência exclusiva para lidar com tratados e acordos internacionais, discutir sobre guerras, fiscalizar os atos do Poder Executivo, fixando o subsídio para o Presidente, Vice-Presidente da República e Ministros, aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, estado de sítio, dentre outras competências. Já ao Senado Federal cabe, dentre outras possibilidades, processar e julgar o Presidente da República, Vice-Presidente e Ministros, fixar limites globais para o montante da dívida consolidada dos entes federados, sustar a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, elaborar o próprio regimento interno, avaliar a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional e o desempenho tributário dos entes federados. À Câmara dos Deputados cabe autorizar instauração de processo contra Presidente, Vice-Presidente da República e Ministros; elaborar o próprio regimento interno; aprovar, alterar e revogar leis, em conjunto com o Senado Federal; sustar atos do Poder Executivo, dentre outras competências.

Percebe-se que há várias funções atribuídas às casas dos legisladores. Internamente, elas são impulsionadas, além dos atos políticos e legislativos (Aragão, 2013, p. 118), pelos chamados atos *interna corporis*. Esses atos são aqueles “concernentes à gestão interna do Parlamento (Aragão, 2014, p. 1214). “A finalidade do estabelecimento desses atos (...) é assegurar que o Parlamento seja realmente um poder independente, autônomo”, na explicação de Aragão (2014, p. 1225).

É curioso se perguntar a razão de os próprios parlamentares buscarem a arena judicial para resolver questões parlamentares. Segundo Carvalho (2004, p. 119), os partidos opositores vêm se utilizando dos tribunais para dificultar, frear ou até mesmo impedir os desdobramentos de decisões acertadas pela maioria. Esse

cientista político (2014, p. 120) explica que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade se tornaram um instrumento frequente da oposição para questionar a política adotada pela situação. Tenta-se, a todo o custo, modificar a agenda ou pauta legislativa.

Dotan e Hofnung apud Taylor e Da Ros (2008, p. 827) se perguntam: por que legisladores fazem uso dos tribunais mesmo quando sua probabilidade de êxito é pequena e ainda mais se esse mesmo uso pode resultar na restrição da autonomia do próprio Parlamento? A resposta a essa questão gira em torno dos benefícios que podem ser obtidos aos políticos que levam ao Judiciário questões da alçada do Legislativo, como a atração de atenção pública, com a ajuda da mídia.

A ampla transferência de autoridade para o Judiciário e para cortes constitucionais não deve ser tomada facilmente como um natural e progressivo desenvolvimento da democracia, mas deve ser examinada também à luz da interação estratégica entre elites interessadas em se proteger da incerteza futura que a própria política democrática acarreta. (Arantes, 2013, p. 198).

Demais disso, tribunais podem servir como *veto points*, com quatro objetivos básicos por parte dos mobilizadores do Judiciário: retardar, impedir, desmerecer e declarar. Uma tática judicial não é necessariamente traduzida em vitória judicial, e não seria hipótese de considerável restrição pensar que influências dos tribunais na política se dão apenas quando há deferimento dos pedidos judiciais formulados (Taylor, Da Ros, 2008, p. 827). O simples levantamento de dúvidas acerca de uma política adotada, o fato de se chamar atenção pública para alguma forma de ilegalidade ou desmoralizar políticas da maioria são também objetivos perseguidos por quem faz uso da judicialização da política.

Veja-se um exemplo: o Mandado de Segurança MS 35537³⁶, impetrado pelo deputado federal Ivan Valente, líder do PSOL, que tinha o objetivo de impedir a

³⁶ Veja-se a seguinte notícia divulgada no próprio website do Supremo Tribunal Federal: Deputado pede retirada de pauta de decreto de intervenção federal no RJ. O deputado federal Ivan Valente (PSOL-SP) impetrou no Supremo Tribunal Federal (STF) mandado de segurança (MS 35537) contra a inclusão do decreto de intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro na pauta da Câmara dos Deputados. Segundo a argumentação do parlamentar, a tramitação do decreto viola normas constitucionais e regimentais e viola direito líquido e certo do parlamentar ao devido processo legislativo constitucional. Segundo Valente, a mensagem presidencial que encaminhou o decreto de intervenção à Câmara dos Deputados não foi acompanhada da manifestação prévia dos Conselhos da República e de Defesa Nacional, situação que, segundo sustenta, contraria os artigos 90 e 91 da Constituição Federal. Ele explicou também que a mensagem presidencial não apresenta qualquer tipo de exposição de motivos ou motivação. “Dessa maneira, não há como os parlamentares exercerem por completo seu direito/dever de exercer o controle político da faculdade do presidente da República de decretar intervenção federal”, destaca. Ainda de acordo com o pedido, não houve a manifestação da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados sobre a matéria, como prevê o artigo 32 do Regimento Interno da Casa Legislativa. O deputado pede a concessão de liminar para determinar ao presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia (DEM-RJ), que se abstenha de incluir a mensagem presidencial referente à intervenção federal sem que esta esteja devidamente instruída. O

inclusão, na pauta da Câmara dos Deputados, do decreto de intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro em 2018. O pedido de liminar foi indeferido pelo Ministro Celso de Mello, e seu voto trouxe à discussão a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal interferir em atos de natureza *interna corporis* do Poder Legislativo:

Essa delimitação temática, portanto, inibe a possibilidade de intervenção jurisdicional dos magistrados e Tribunais na indagação dos critérios interpretativos dos preceitos regimentais orientadores de deliberações emanadas dos órgãos diretivos das Casas do Congresso Nacional, sob pena de desrespeito ao postulado consagrador da divisão funcional do poder. A submissão de questões de índole regimental ao poder de supervisão jurisdicional dos Tribunais implicaria, em última análise, caso admitida, a inaceitável nulificação do próprio Poder Legislativo, especialmente em matérias – como a de que trata este processo – em que não se verifica evidência de que o comportamento impugnado tenha vulnerado o texto da Constituição da República. Tratando-se, em consequência, de matéria sujeita à exclusiva esfera de interpretação regimental, não haverá como incidir a “judicial review”, eis que – tal como proclamado pelo Supremo Tribunal Federal – a exegese “de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio ‘interna corporis’ (STF, 2018, p. 10).

Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal acabou se manifestando sobre o próprio instituto da intervenção federal. Foi abordada a taxatividade dos pressupostos para que seja decretada a intervenção, as consequências da intervenção, como a “negação, ainda que revestida de transitoriedade, da autonomia reconhecida aos Estados-membros pela Constituição” (STF, 2018, p. 4), dentre outros argumentos que podem ser reaproveitados na arena legislativa ou mesmo na arena judicial, ulteriormente, pelos políticos interessados.

Taylor e Da Ros (2008, p. 838) falam dos usos da judicialização. Para eles, a judicialização pode ser utilizada como tática de oposição ou como uma forma de arbitragem de interesses em conflito. No primeiro caso, “os tribunais são acionados com o propósito de declarar oposição ou desmerecer políticas públicas adotadas pelo governo” (Taylor, Da Ros, 2008, p. 838). As Ações Diretas de Inconstitucionalidade seriam exemplos de instrumentos utilizados por partidos excluídos da coalizão do governo para ganhar voz no embate político. Na segunda situação, o objetivo é de “propor ações nos casos em que determinados estatutos legais modifiquem procedimentos e atinjam diretamente interesses de grupos e setores específicos, prejudicando alguns e beneficiando outros” (Taylor, Da Ros, 2008, p. 840). Nesse caso, procura-se o Judiciário para que sejam alcançadas “regras do jogo” que

favoreçam determinados atores políticos, como nos casos em que se leva às mãos dos juízes uma questão eleitoral.

Conforme será visto na análise descritiva do banco de dados estudado, a maior parte dos casos não demonstra interferência do Poder Judiciário na agenda ou pauta das casas legislativas. Mas isso não significa que os objetivos dos que buscam e incentivam a judicialização da política não venham sendo atingidos, uma vez que a vitória judicial não é extremamente necessária para uma vitória política no âmbito do Poder Judiciário. Uma simples repercussão midiática pode ter efeitos positivos para os políticos que provocam o Poder Judiciário, sejam eles de oposição ou não.

4 DESENHO DA PESQUISA

Um desenho de pesquisa pode ser entendido como aquele que permite responder satisfatoriamente uma pergunta de pesquisa (Silva, 2018, p. 8). É uma forma de convencer os leitores de um trabalho de que as conclusões tiradas a partir da pesquisa científica são conclusões o mais fundamentadas possíveis. Segundo Silva (2018, p. 8), os desenhos de pesquisa têm uma aptidão tanto teórica, e até mesmo de caráter filosófico, naquilo que nomeia de dimensão ampla, como diz respeito a uma série de procedimentos que devem ser adotados pelo pesquisador, envolvendo-se questões práticas (dimensão prática).

Teoria, metodologia e base empírica são as três dimensões básicas de um desenho de pesquisa, que, como visto, é consideravelmente importante para dar embasamento à pesquisa científica. “Mesmo em situações em que a randomização não é possível, tais como no método comparado ou nos estudos de caso, se verifica uma ampla preocupação com problemas de desenhos de pesquisa” (Rezende, 2017, p. 51). Segundo esse cientista político, os desenhos de pesquisa devem dizer respeito a questões empiricamente tratáveis e identificáveis, bem como à possibilidade de eliminar hipóteses alternativas ou rivais.

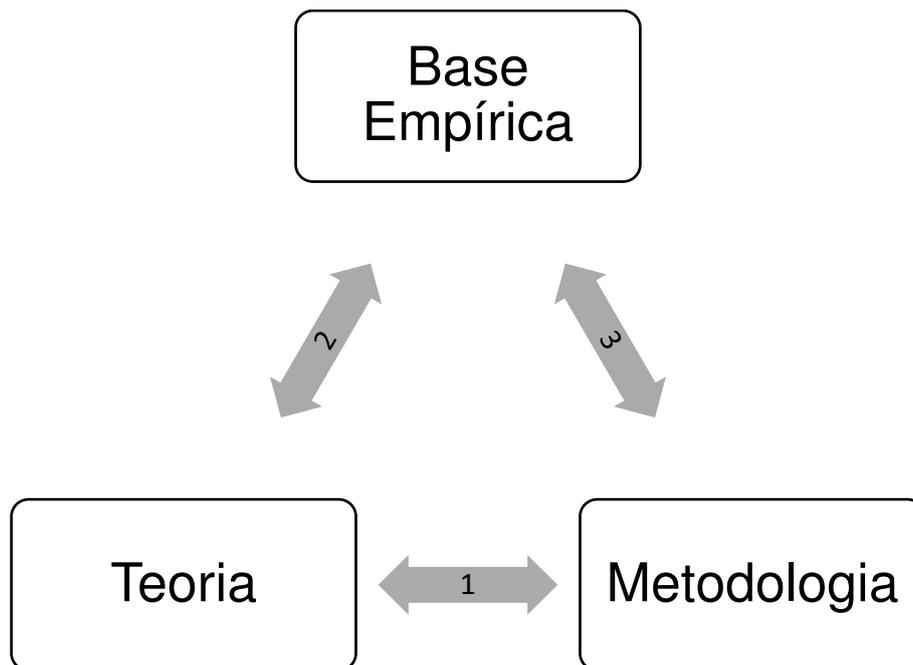
Os desenhos de pesquisa também devem ser capazes de apresentar as estratégias para adequar a teoria à realidade empírica que é estudada: “a conexão entre as teorias e a base empírica se mostra componente fundamental para que a ciência política possa de fato produzir inferências causais e, mais amplamente, se preocupar com problemas de causalidade” (Rezende, 2017, p. 51). Ainda sobre desenhos de pesquisa, eles devem lidar com o problema da natureza da análise causal de interesse e, por último, devem elucidar quais os mecanismos foram utilizados para seleção dos casos.

Nos estudos comparativos, tais como os estudos *small-n*, ainda é possível gerar inferências válidas com controles que permitam substituir a aleatorização pela intencionalidade. Os estudos de caso não experimentais representam formas clássicas desse tipo de estratégia inferencial. (...) As questões fundamentais a serem consideradas num desenho de pesquisa (...) estão ligadas aos seguintes problemas: especificar o problema de pesquisa, conceitos e teorias mobilizados, operacionalização e mensuração das categorias analíticas utilizadas, definição das estratégias de seleção dos casos, controle de explicações alternativas para teste de hipóteses e geração de inferências a partir dos dados observados. (Rezende, 2017, p. 52).

O Modelo de Engrenagens Analítica explicado por Rezende (2017) pode ser descrito a partir da Figura 1 abaixo. A “Metodologia” e a “Teoria” estão ligadas pelas

lógicas de causalção e pelos padrões de explicação. A “Teoria” e a “Base Empírica” estão ligadas pela formação de conceitos, mensuração, geração de hipóteses e a construção de modelos. A “Base Empírica” e a “Metodologia” estão conectadas a partir da análise de dados, do teste de hipóteses e por estratégias inferenciais.

Figura 1: O Modelo de Engrenagens Analíticas.



Fonte: Adaptado de Rezende (2017, p. 53).

A primeira conexão, ou seja, a que diz respeito à interação entre metodologia e teoria, revela a lógica de causalção e os padrões de explicação. Nas ciências sociais, é importante que se conecte o problema da causalção com a busca por explicações, visando-se a obtenção de explicações satisfatórias para o problema de pesquisa.

A informação sobre as lógicas de causalção pode ser útil para entender os estudos de poucos casos (small-n) para produzir inferências causais válidas. Estes podem se dar de forma mais rigorosa com estudos experimentais em que usualmente são realizados sobre um caso particular; em métodos quase-experimentais como os métodos de controle sintéticos que combinam a lógica de estudo de caso com a lógica experimental; em análise configuracional do tipo QCA ou mesmo em análises do tipo process-tracing na pesquisa histórico-comparada em que os propósitos são mais voltados para entender mecanismos causais. Nesse sentido, é importante compreender como os pesquisadores mobilizam estratégias para lidar com o “problema do tamanho dos casos observados” sempre mal compreendido nas ciências sociais (Rezende, 2015, p. 54).

A segunda conexão trata da formação de conceitos, das estratégias de mensuração, da geração das hipóteses e dos modelos utilizados na pesquisa. Conecta elementos teóricos à base empírica. Os conceitos contêm diversos sentidos,

e na Ciência Política precisam ser delimitados e transformados em variáveis. Após isso, deve-se dar atenção à mensuração, que permite que se compreenda “o tipo e a qualidade dos dados mobilizados, bem como outros elementos relativos às periodizações, às fontes fundamentais, as formas alternativas de mensuração dos conceitos que se converterão em variáveis ou categorias analíticas” (Rezende, 2015, p. 56). Em seguida, deve-se dar atenção à geração de hipóteses empiricamente testáveis. Criam-se hipóteses com base em mecanismos lógicos, possibilitando-se o teste delas pelo pesquisador. Por fim, constroem-se modelos, que informam o pesquisador sobre várias dimensões-chave, e podem ser formais ou informais. Dentre outras relevantes funções:

[A] utilização de modelos permite clarificar as variáveis-chave numa dada explicação causal. A seleção das variáveis consideradas relevantes diante de uma dada problematização deve ser, em grande medida, orientada por teoria, garantindo que as explicações sejam dotadas de relevância e de sentido. A dependência de teoria num desenho de pesquisa, portanto, garante que a ciência política não seja reduzida a um problema técnico de estimação (Rezende, 2015, p. 57).

A terceira conexão liga a metodologia à base empírica. Essa conexão permeia a análise de dados, os mecanismos para o teste de hipóteses e as estratégias inferenciais. Essa conexão representa o modo como um desenho de pesquisa sustenta compromissos metodológicos que conseguem explicar a alta variabilidade entre as pesquisas e estudos na Ciência Política.

A construção de um desenho de pesquisa sofre influência da quantidade de casos. A respeito do presente trabalho, que tem um número de casos pequeno ou médio (são oitenta, ao todo), “as perguntas passam a ser construídas com o intuito de identificar qual a consequência de uma determinada ocorrência particular” (Silva, 2018, p. 88). Em pesquisas com N-pequeno ou mesmo médio, existe uma profunda importância em relação ao embasamento teórico, de forma que “a revisão bibliográfica terá papel importante ao longo de toda a pesquisa, e não apenas no início” (Silva, 2018, p. 92).

A metodologia QCA – Análise Qualitativa Comparativa – permite ao pesquisador trabalhar com N-pequenos, médios e grandes, e no caso de N-pequeno ou médios, é possível que o pesquisador ainda se aprofunde nas pequenezas da frequência, o que possibilita o desenvolvimento de um estudo de caso. Para Yin (2001, p. 32), um estudo de caso é uma investigação empírica que analisa um fenômeno da contemporaneidade, dentro de seu contexto fático, em especial quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão definidos claramente.

A investigação em um estudo de caso se depara com uma situação que é tecnicamente única, e se aproveita do desenvolvimento prévio de proposições teóricas, consistindo em uma estratégia abrangente de pesquisa (Yin, 2001, p. 33), e pode incluir um caso único ou vários, como no caso da pesquisa em evidência. É possível, a partir do procedimento de estudo de caso, analisar casos individuais e conseguir construir algumas generalizações.

4.1 A Análise Qualitativa Comparativa (QCA)

O método primário utilizado no presente trabalho é a Análise Qualitativa Comparativa – QCA –, que tem origem com base na teoria dos conjuntos. Não é um método originário das ciências sociais, e provém da matemática, dentro da qual o desenvolvimento desse método é mais sofisticado e complexo. Um “conjunto” (sets) pode ser encarado como fronteiras que definem zonas de inclusão e exclusão. Por outro lado, “conceitos” (*concepts*) representam uma propriedade ou um grupo de propriedades. Na teoria dos conjuntos, usa-se o pertencimento em um conjunto para definir se um caso pode ser descrito por um conceito ou não.

Dentro desse método, é possível falar em *crisp sets*, *mv-QCA* e *fuzzy sets*. No primeiro caso, há uma dicotomização que exige um processo decisório, e essa bipolaridade foi bastante criticada. Exemplificativamente, poder-se-ia dizer que entre “democracia” e “não-democracia” (conjuntos) há inúmeros outros casos, como as democracias eleitorais. Um *crisp set* não consegue abarcar essa configuração causal. Do mesmo modo não conseguiria abarcar outras democracias adjetivadas (e explicadas pela teoria). Segundo Freitas e Bizzarro Neto (2016, p. 112): “O modelo que utiliza condições dicotômicas, em *crisp-sets*, é mais apropriado para estudos com pequeno número de casos, sendo mais apropriados em estudos que tenham foco sobre os casos”. Ainda ressaltam os autores que “quando se amplia o número de casos, é mais recomendado o uso de estudos em que as condições possuam múltiplos valores (*multi-value* – QCA). Já o *fuzzy-set* QCA é mais direcionado para estudos com grande número de casos”.

Na metodologia estatística, as variáveis intervalares são consideradas superiores às variáveis dicotômicas, especialmente quando conseguem capturar de forma mais precisa diferenças quantitativas. No entanto, isso não sugere dizer que essa captura implica automaticamente em um bom grau de validade.

O mvQCA entra como uma solução ao uso compulsório da dicotomização do QCA (*crisp set*) e torna possível o uso de condições polivalentes na análise dos dados (Cronqvist: 2007, p. 23). Não é necessário, no modelo mvQCA que, quando da análise de múltiplos valores, todas as condições sejam dicotomicamente codificadas (como ocorre no *crisp set*), sendo permitido o uso de condições nominais e ordinais de vários níveis. No entanto, os dados devem ser recodificados para uma condição ordinal escalada (atribuição de mais valores do que “0” e “1”, podendo-se haver um “2” etc., por exemplo), não sendo recomendada uma redução muito “fina” entre essas escalas, vez que possibilitaria a individualização dos casos. (Cronqvist, 2007, p. 68).³⁷

Criticando-se o *crisp set*, pode-se dizer que, inclusive, que a fixação do “limiar” ou do “limite” entre o conjunto “pertencimento” e o conjunto “não pertencimento” decorre de uma arbitrariedade do pesquisador, e pode influenciar de forma gravíssima nos resultados. É o que alertam Schneider e Wagemann (2012, p. 26), quando explicam essa arbitrariedade:

Uma crítica central diz que a arbitrariedade, ou simplesmente uma definição que não é perfeitamente precisa, poderia fazer com que um caso ficasse do lado “errado” do limiar, e que os resultados da pesquisa poderiam ser significativamente alterados através de diferentes atribuições de casos” (tradução minha).³⁸

Esses autores, a partir do objetivo do pesquisador, fazem o seguinte questionamento: Que podemos fazer para trabalhar efetivamente com conceitos que guardam interessantes variações entre extremidades qualitativas de fenômenos sociais implicitamente dicotômicos? Para eles (2012, p. 26), nem variáveis de escalas intervalares nem conjuntos dicotômicos (*crisp sets*) seriam ideais. Daí que se reconhece a utilidade dos *fuzzy sets*.

Os conjuntos difusos (*fuzzy sets*) preservam a capacidade de estabelecer diferenças de espécies entre casos (diferenças qualitativas) e adiciona, ainda, a habilidade de estabelecer diferenças em grau (diferenças quantitativas) entre casos

³⁷ A explicação original de Cronqvist (2007, p. 68): Die mehrwertige Analyse mit MVQCA setzt nicht mehr voraus, dass alle Konditionen dichotom kodiert sind, wie dies in QCA der Fall ist, sondern erlaubt auch mehrstufige ordinale oder nominale Konditionen. Intervallskalierte Daten können für MVQCA weiterhin nicht direkt benutzt werden, sondern müssen zu einer ordinal skalierten Kondition umkodiert werden. Von der technischen Seite her gesehen können diese Konditionen im Prinzip sehr fein skaliert sein, das heißt es können beliebig viele Werte pro Kondition benutzt werden. Allerdings ist die Benutzung von sehr feinen Skalen mit MVQCA nicht empfehlenswert, da eine solche sehr feine Unterteilung dem Prinzip der Minimierung von Komplexität im Weg steht, und eine zu feine Skalierung die Fälle individualisiert und somit keine Minimierungen möglich sind.

³⁸ Texto original: A central critique says that arbitrariness, or simply a definition that is not perfectly accurate, could cause a case to be on the “wrong” side of the threshold, and that research results could be significantly altered through diferente case assignments (Schneider e Wagemann, 2012, p. 26)

qualitativamente idênticos. Esse método permite que um caso esteja parcialmente dentro ou fora do conjunto, e consegue produzir informações tanto qualitativas quanto quantitativas. É o que explica Cronqvist (2007, p. 23).³⁹

A controvérsia do *fuzzy set* consiste no seu ponto de indiferença (0,5). É o ponto do meio (não é média nem mediana) entre o “pertencimento” e o “não pertencimento”, e representam um ponto de máxima ambiguidade do método, devendo-se evitar a atribuição de valor a esse ponto. Os *fuzzy values* são usados para quantificar o nível de presença de um caso em um determinado conjunto. A seguinte tabela, extraída e adaptada da obra de Schneider e Wagemann (2012, p. 29) exemplifica a diferente atribuição de valores em um modelo *fuzzy set*:

Tabela 01. Fuzzy values.

Fuzzy value	Enquadramento da condição
1	Completamente presente
0.9	Quase completamente presente
0.8	Parcialmente presente
0.6	Mais dentro que fora
0.5	Nem dentro nem fora
0.4	Mais fora do que dentro
0.2	Parcialmente fora
0.1	Quase completamente fora
0	Completamente fora

Fonte: Schneider e Wagemann (2012, p. 29).

Na configuração dos conjuntos, fica teoricamente muito difícil de sustentar diferenças se os valores forem muito diminutos. Ora, cada *fuzzy value* deve ser teoricamente embasado, e essa distinção é fundamental para os resultados da pesquisa científica que utiliza o método QCA. Como explicado por Freitas e Bizzarro Neto (2016, p. 113), “a virtude do fsQCA é que há a combinação de técnicas qualitativas com quantitativas para a análise dos casos”.

³⁹ A explicação original de Cronqvist (2007, p. 23): Anders als für QCA werden die Daten nicht dichotom erfasst. Jede Kondition wird als Fuzzy Set kodiert und die Werte entsprechen dem Grad, zu welchem ein Fall zu dem jeweiligen Konzept gehört. Die Zuordnung der Werte der Fälle zu jedem Fuzzy Set Membership Scores kann dabei anhand einer festen Umrechnungstabelle oder aber auch einer manuellen Einstufung durchgeführt werden, was bedeutet, dass fuzzy sets sowohl quantitativer wie auch qualitativer Natur sind.

Um exemplo interessante trazido por Schneider e Wagemann apud Ragin (2008) é o da análise de mudança de temperatura da água. Os autores explicam que uma mudança de 10 graus na água, de 95º para 105º, implica em uma mudança qualitativa, enquanto uma mudança de 30º para 40º não. Sem o estabelecimento de valores, perder-se-iam importantes informações qualitativas a respeito da água. Schneider e Wagemann (2012, p. 30) apontam que nas ciências sociais é raro o uso de informações externas aos dados para decidir como calibrar as escalas.

Para diferenciar *fuzzy values* de probabilidades, Schneider e Wagemann (2012, p. 31) mostram outro exemplo pertinente. Suponha-se que há dois copos com líquidos. Um deles tem uma probabilidade 1% de ser venenoso, levando-se o indivíduo que o ingere à morte. O outro pertence em uma escala 0.01 ao conjunto de líquidos venenosos. Qual se tomaria? Ora, se não há tendência suicida do indivíduo, a escolha correta seria o segundo. Na pior das hipóteses, ele passaria mal. Mas não morreria, caso tirasse a má sorte de o primeiro líquido ser 100% venenoso, vez que há 1% de probabilidade de que assim o seja.

Escolhido o modelo de QCA, deve-se proceder a uma calibração, que consiste em um processo de usar informação empírica para dar aos uma destinação para o conjunto adequado. Os princípios da calibração consistem na combinação do conhecimento teórico com a evidência empírica.

O QCA possui algumas vantagens em relação aos métodos estatísticos. Os casos, por serem complexos e multidimensionais, geram desafios para os que desejam tirar lições a partir de técnicas estatísticas exploratórias, descritivas ou inferenciais (Betarelli Junior, Ferreira, 2018, p. 22). Segundo Betarelli Junior e Ferreira (2018, 0. 22), “os modelos de regressões tradicionais limitam-se à formulação de formas funcionais específicas que denotam as influências de certas variáveis independentes sobre a dependente”. Nesse sentido, se o pesquisador quiser obter um resultado acerca de cada uma das unidades amostrais, este seria decorrente de uma média da amostra como um todo. Alguns aspectos das unidades amostrais são ocultados, e interpretações erradas podem ser dados a casos individuais (Betarelli Junior, Ferreira, 2018, p. 23).

Haveria, portanto, apenas um caminho teórico estabelecido por uma regressão tradicional (unifinalidade e singular). Mesmo que se ampliassem caminhos alternativos na estrutura da regressão, ou seja, a separação e seleção de variáveis para explicar o mesmo resultado (variável dependente), as influências médias ainda permaneceriam e os efeitos interativos seriam limitados.

Ainda segundo esses autores, em se tratando de modelos estatísticos multivariados, que visam analisar relações mais complexas, gera-se um problema em um contexto de multicolinearidade. Diante da dependência linear entre as variáveis, torna-se questionável a interpretação do efeito, “devido à dificuldade de isolar os efeitos sobre a variabilidade da medida de resposta” (Betarelli Junior, Ferreira, 2018, p. 23).

Acerca do método da análise de *cluster*, que agrupa observações semelhantes de acordo com um algoritmo e métrica, sem restrição no tamanho do vetor aleatório, tem-se que essa técnica ignora diferenças específicas entre as observações. Busca-se somente padrões ou grupos similares, não conferindo a devida atenção ao significado político ou conceitual das variações nos dados. Sobre a análise de componentes principais ou a análise fatorial, os autores sustentam que os escores resultantes também têm o aspecto médio, assim como em regressões (Betarelli Junior, Ferreira, 2018, p. 24).

Na QCA, o conceito de causalidade tem um sentido específico que não pode ser confundido com o conceito de causalidade na estrutura de regressão, pois recorre a múltiplas configurações possíveis (multicausalidade) potencialmente presentes (ou ausentes) para um mesmo fenômeno (equifinalidade). A causalidade na QCA não é empiricamente definida como uma soma ponderada de influências determinísticas sobre a variável de resultado, mas como, pela própria natureza da técnica, uma relação entre conjuntos, validada pela relação de suficiência e necessidade. QCA oferece uma maneira mais sistemática de analisar causalidade complexa e relações lógicas entre fatores causais e um resultado (Betarelli Junior, Ferreira, 2018, p. 24).

É necessário definir os elementos da causalidade complexa, que são a equifinalidade, a causalidade conjuntural e a causalidade assimétrica. A equifinalidade diz respeito à propriedade de que várias combinações das condições implicam em um mesmo resultado. Quando as as condições não obrigatoriamente conduzem ao resultado de modo isolado uma da outra, mas que podem ser combinadas entre si para revelar padrões causais de um resultado, fala-se em causalidade conjuntural; A causalidade assimétrica significa que não somente a ocorrência do fenômeno requer análise em separado, mas também a ausência de fenômeno, tendo em vista que a presença ou ausência das condições pode gerar diferenças no resultado (Betarelli Junior, Ferreira, 2018, p. 25). Sobre o princípio da equifinalidade, veja-se a pertinente explicação de Silva (2018, p. 93).

A pesquisa de N-pequeno trabalha com a expectativa de que diferentes combinações de causas podem produzir o mesmo resultado, princípio chamado de equifinalidade. Antecipam encontrar diversos caminhos causais importantes que levam a determinado resultado. O efeito de qualquer

condição causal particular depende da presença e da ausência de outras condições, e várias condições diferentes podem satisfazer a requisição causal geral. Essa situação pode ser representada pela álgebra booleana em algumas abordagens, como o QCA, e a preocupação está direcionada à heterogeneidade causal.

Com esses conceitos em mente, o pesquisador pode, por meio da QCA, fazer uma análise qualitativa em profundidade dos casos, e compará-los de forma sistemática, com a identificação de padrões e analisando os casos desviantes do padrão. Ora, os efeitos causais em QCA não são uniformes e simétricos, como acontece quando se avalia uma regressão. Demais disso, ressalte-se que os casos discrepantes não são descartados nessa metodologia (Betarelli Junior, Ferreira, 2018, p. 26). A seguir, colaciona-se um quadro elaborado por Betarelli Junior e Ferreira (2018, p. 27) acerca das principais diferenças entre QCA e técnicas quantitativas.

Quadro 1 – Principais diferenças entre QCA e técnicas quantitativas.

Técnicas Quantitativas Tradicionais	Análise Qualitativa Comparativa
Variáveis	Conjuntos
Variável dependente	Resultado
Variáveis independentes	Condições
Correlações	Relações entre conjuntos
Matriz de correlação	Tabela Verdade
Efeitos líquidos das variáveis	Caminhos causais
Relações de aditividade e lineares	Relações não aditivas
Causalidade múltipla ou singular	Causalidade conjuntural múltipla
Universalidade ou equifinalidade	Equifinalidade
Unifinalidade	Multifinalidade
Causalidade simétrica	Causalidade assimétrica
Análise dos efeitos das variáveis	Análise dos efeitos das configurações

Fonte: Betarelli Junior e Ferreira (2018).

Conforme se percebe, variáveis explicativas ou independentes são nomeadas de condições na metodologia QCA. A variável dependente é tratada como resultado, as observações são os casos e as equações são soluções. Segundo Rezende (2017, p. 108), a respeito da Análise Qualitativa Comparativa:

Adquirem relevância as inferências geradas pelos Métodos Qualitativos Configuracionais – Set-Theoretical Methods (Schneider & Wagenan 2012). Baseados numa lógica booleana originalmente desenvolvida por Ragin (1989) para pensar a causação, estes métodos mobilizam vários tipos de estratégias e técnicas para formar conceitos, criar tipologias e produzir interpretação causal tais como os Fuzzy Sets QCA²⁰, Crisp QCA, Multi-Value QCA e Temporal QCA (Rihoux & Ragin 2009).

Um dos núcleos da metodologia QCA consiste na chamada tabela verdade. As colunas dessas tabelas apresentam os conjuntos, e as linhas vão representar uma configuração, ou combinação, das condições logicamente possíveis (E-lógico). O número total de linhas dessa tabela é construído pela fórmula 2^k : 2 estados distintos, de presença ou ausência, e k como sendo o número de condições em pesquisa. Cada linha da tabela verdade vai representar uma configuração qualitativamente diferente das condições presentes nas demais linhas. A diferença entre os casos entre as linhas não consiste em uma diferença de grau, mas sim de tipo. Não é incomum que existam combinações logicamente possíveis que não encontram exemplos concretos para serem aplicados à tabela verdade. Esse fenômeno é tratado como diversidade limitada (Betarelli Junior e Ferreira, 2018, p. 79).

É preciso abordar o conceito de medida de consistência e de medida de cobertura na Análise Qualitativa Comparativa. Para Betarelli Junior e Ferreira (2018, p. 53), a medida de consistência das condições é o principal critério de validação da Análise Qualitativa Comparativa, e se trata de uma medida descritiva para aferir a força do suporte empírico para a argumentação proveniente da teoria, que descreve relações de causalidade entre os conjuntos. Mede-se o grau de proximidade da relação entre conjuntos, e ainda é possível avaliar o grau em que os casos que compartilham uma determinada condição concordam com o R.

Ainda na explicação dos referidos autores, a medida de cobertura, em contrapartida, proporciona uma quantificação da relevância empírica de uma condição ou combinação causal no conjunto das combinações causais, e avalia o grau em que uma condição causal ou combinação de condições causais conta para um resultado, assemelhando-se ao coeficiente de determinação no contexto econométrico.

4.2 As conexões entre metodologia, base empírica e teoria na presente pesquisa

Trata-se de um trabalho árduo elaborar um banco de dados (banco de dados primário), mas esse esforço mental conectam o pesquisador à base empírica de uma forma bastante intensa. Ao longo da elaboração do banco de dados contendo 80 casos, conforme construção explicada no tópico 5.2.1 do presente trabalho dissertativo, foi possível ter contato com padrões acerca da construção de decisões do Supremo Tribunal Federal que seriam intervenientes em relação ao Poder

Legislativo, especificamente no que diz respeito à pauta ou agenda das casas legislativas nacionais.

A partir da construção do banco de dados, foi possível ganhar familiaridade com os casos e observar tendências. Por exemplo, percebeu-se que CPI é um tema que instiga os Ministros do Supremo a controlarem a constitucionalidade desse processo de inquérito legislativo. É fato que nem todos os casos que existem podem estar na planilha elaborada: no entanto, em que pese o Brasil não adotar o sistema da *common law*, que vincula decisões posteriores aos precedentes, as decisões guardam pertinência entre si, e a fundamentação de uma serve para casos similares, mesmo que não exista obrigatoriedade de que uma decisão respeite a subsequente.

Com esse ponto de partida, já foi possível conectar a base empírica à metodologia, sem deixar de lado o importantíssimo papel da fundamentação teórica a respeito da judicialização da política. Com ela, foi possível traçar planos sobre como a pesquisa se desenvolveria, qual seria a melhor forma de sistematizar os dados, com a clara dificuldade de não encontrar compilações de dados provenientes do Supremo Tribunal Federal ou da Câmara, Senado ou Congresso a respeito de decisões intervenientes na pauta dessas casas.

A sistematização dos dados e a forma de organização deles, com a análise razoavelmente aprofundada do conteúdo das decisões que compõem os 80 casos analisados, permitiram pensar nas condições causais que melhor poderiam ser construídas para que elas fossem testadas e para que fosse possível analisar o seu grau de necessidade para o acontecimento do fenômeno. Como visto na introdução, espera-se saber quais as condições que, se presentes, geram decisões do Supremo Tribunal Federal que possam ser consideradas intervenientes na agenda ou na pauta das casas legislativas.

4.3 A metodologia QCA nessa pesquisa

A metodologia QCA foi uma opção qualitativa escolhida para o desenvolvimento do presente trabalho. Como a pesquisa possui o N-médio, com 80 casos, uma análise qualitativa se mostrou adequada e viável, uma vez que foi possível estudar, com alguma profundidade, os casos que compõem o banco de dados elaborado de forma primária. A metodologia quantitativa teria sido escolhida caso se

tratasse de uma pesquisa cujo interesse não fosse o de analisar com mais detalhes os componentes da frequência.

É preciso explicar como o problema de pesquisa encontrou na QCA uma plataforma conveniente para analisar a pergunta que norteia o trabalho dissertativo sem perder informações relevantes sobre cada caso.

As condições causais foram escolhidas durante a elaboração do banco de dados. Considerando que não é interessante que o k seja grande o suficiente para que o número de condições causais seja maior que o próprio número de casos, foi necessário delimitar o k de forma que cada condição causal englobasse características coincidentes. Quanto à temática de cada caso, uma das condições causais diz respeito às Comissões Parlamentares de Inquérito: alguns casos versam sobre CPIs, e durante a elaboração do banco de dados ficou claro que o tema CPI incita a prolação de uma decisão favorável aos que pretendem modificar a pauta das casas legislativas, com destaque para partidos políticos e parlamentares (que estão enquadrados, em uma das análises abaixo, em uma condição causal).

Verificado que a condição causal CPI em conjunto com a condição causal partidos políticos e parlamentares (CPI*Partidos Políticos e Parlamentares) promovem uma decisão judicial interveniente (será detalhado a seguir, com análise de consistência), também foi possível aplicar novos testes com a versão 3.0 do software de Ragin e Davey (2017), separando as condições causais Partidos Políticos e Parlamentares em duas distintas, reaplicando-se a análise de consistência.

O resultado R foi escolhido de forma intuitiva, e considerou Decisões Colegiadas do Supremo Tribunal Federal com Deferimento Total (CT), Decisões Monocráticas do Supremo Tribunal Federal com Deferimento Total (MT), Decisões Colegiadas do Supremo Tribunal Federal com Deferimento Parcial (CP) e Decisões Monocráticas do Supremo Tribunal Federal com Deferimento Parcial (MP), com a seguinte atribuição de valores em combinações:

Tabela 2. Resultado de Interesse.

RESULTADO DE INTERESSE
MT + CT = 1
MP + CT = 0.95
CT = 0.85
MT + CP = 0.75

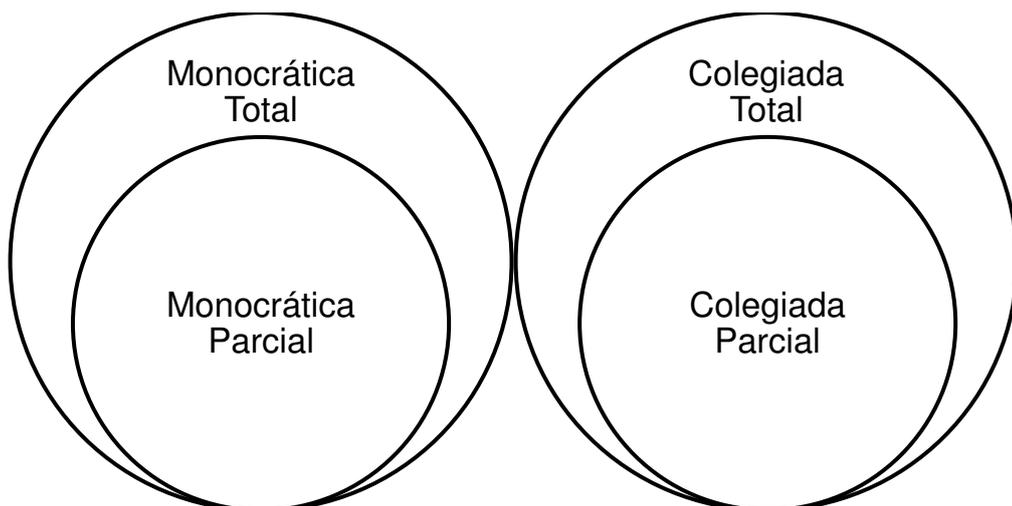
$MP + CP = 0.65$
$CP = 0.55$
$MT = 0.45$
$MP = 0.35$

Fonte: Elaboração Própria.

Na lógica processual, é comum que os autores das ações judiciais peçam uma decisão liminar, que é tomada de forma monocrática por um relator no Supremo Tribunal Federal. Essa decisão pode conceder de forma plena o que foi pedido, ou pode conceder de forma parcial. No caso MS 25647, por exemplo, houve apenas uma decisão monocrática parcial, sem posterior concessão dos pedidos pelo plenário do STF, sendo atribuído um valor de 0.35. Em casos em que houve uma concessão total em decisão monocrática, utilizou-se o valor 0.45, como no caso MS 26900.

Dessa maneira, percebe-se que uma decisão parcial (MP) está contida em uma decisão que defere tudo aquilo que foi pedido pelos autores da ação judicial (MT), sendo o R distinto para cada uma, por ser a interferência do STF na pauta das casas legislativas também diferente. A mesma lógica é seguida em relação às decisões colegiadas com concessão do pedido de forma parcial (CP) e às decisões colegiadas com concessão do pedido de forma total (CT), conforme graficamente representado.

Figura 2. Diagrama de Venn com Decisões com Deferimentos Parciais e Totais.



Fonte: Elaboração Própria.

O diagrama ilustra que uma decisão, seja monocrática ou colegiada, se for de deferimento parcial, estará contida no conjunto de decisões com deferimentos totais.

Para a análise dos dados, foi utilizado o software fs/QCA 3.0, desenvolvido por Charles Ragin e Sean Davey em 2017. O programa é capaz de fazer avaliações tanto em modelos csQCA quanto em modelos fsQCA. As condições causais analisadas no presente trabalho seguiram a lógica csQCA, em que 1 significa a presença da condição, e 0 a ausência. O software permitiria a análise de condições causais parcialmente presentes ou ausentes (fsQCA), mas, no presente trabalho, uma condição como CPI foi considerada ou presente (1), ou ausente (0). Somente o R seguiu uma lógica de gradação, a partir das combinações de decisões monocráticas e colegiadas do STF, sendo que uma decisão completamente interveniente é descrita pelo número 1, e uma decisão o mínimo possível interveniente 0.35.

A seguir, será exposta a lógica para a seleção dos 80 casos estudados no presente trabalho dissertativo.

4.3.1 A seleção dos casos

Um grande desafio enfrentando durante a pesquisa foi a forma de seleção de casos, já que não há uma compilação específica de dados sobre o tema objeto de estudo. O ponto de partida para a elaboração de um banco de dados primário foi a inexistência de dados organizados pela Câmara dos Deputados, Senado Federal e Supremo Tribunal Federal sobre decisões judiciais do referido tribunal superior na agenda ou pauta das casas parlamentares. Durante a pesquisa, entrou-se em contato com as Consultorias Legislativas da Câmara e do Senado, e partiu de um Consultor Legislativo da Câmara a sugestão de que fosse feita uma análise qualitativa a respeito do tema, já que informações preciosas poderiam ser perdidas em uma análise apenas quantitativa.

Um caso mencionado pelo Consultor Legislativo, o Sr. Roberto Carlos Martins Pontes, que teria chamado atenção da Câmara, foi o MS 32033 de 2013, com decisão liminar favorável do Ministro Gilmar Mendes, e posterior derrubada da liminar, com denegação de segurança pelo Plenário do Supremo. O caso abordava, segundo acórdão, questão de controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). Alegava-se violação constitucional em razão da tramitação do PL nº 4.470/2012, o qual estabeleceria que a migração partidária que ocorrer durante a legislatura não importaria na transferência

dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão.

O Ministro Gilmar Mendes tomou a decisão de suspender a tramitação do PLC 14/2013, até o julgamento de mérito do Mandado de Segurança Impetrado⁴⁰. Conforme decidido pelo plenário, seria um caso de controle preventivo de constitucionalidade, que seria inadmissível no direito brasileiro. O acórdão ganhou a seguinte redação, a qual faz referência clara à separação de poderes e suas respectivas funções. Nesse caso, em que pese a decisão singular do Ministro Gilmar Mendes, o plenário colocou freio na pretensão do julgador relator do MS 32033.

A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. (Supremo Tribunal Federal, 2013).

O MS 32033 foi um dos pontos de partida utilizados para a formação do banco de dados. É que, em uma só decisão, há citações de outras decisões precedentes cujas consequências foram de interferência no legislativo, e outras que foram cautelosas e não interferiram, de maneira alguma, na agenda ou na pauta dos legisladores. Percorrendo-se uma espécie de teia de aranha, na qual as decisões estão conectadas entre si, sendo favoráveis ou não aos autores dos pedidos judiciais, formou-se um banco de dados com cerca e 53 casos.

Outro procedimento foi adotado por sugestão de consultores do Supremo Tribunal Federal. Como não foi possível encontrar informações compiladas da área de “estatística” do website do Supremo, a sugestão dada foi que fosse realizada

⁴⁰ Em sustentação oral no plenário, o Ministro Gilmar Mendes justificou a concessão da liminar, posteriormente derrubada pelo plenário, da seguinte forma: O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Mas não no âmbito do Plenário para ser discutido. Disse-se também que, em relação aos precedentes anteriores, discutiu-se processo legislativo e, por isso, justificava-se a concessão de liminar, com maior razão, aqui, em que nós estamos discutindo, sim, violação à cláusula pétrea. Nós vimos precedentes em que se deu liminar por conta de contagem de votos em matéria interna corporis, como a Corte veio a reconhecer: se se contava por voto ou se se contava por ponto eletrônico. E a Corte veio a dizer que aí é questão interna corporis, mesmo. E de fato era. Mas aqui, não, o que se está a discutir é de fato cláusula pétrea. Portanto, eu tenho absoluta convicção – e é importante que se frise que não se está a deliberar para frustrar a liberdade do Congresso Nacional. Todos querem que o Congresso Nacional, e eu ressaltai aqui, delibere e debata as questões. O que não houve, neste caso, foi debate. Na Câmara, votação em menos de vinte e quatro horas e, no Senado, não fosse a liminar, entre a urgência e a votação, em menos de uma hora haveria deliberação. É bom que isso seja frisado.

pesquisa, por temas, de jurisprudências no sítio eletrônico da Suprema Corte do Brasil. Escolheu-se uma expressão peculiar ao tema, “interna corporis”, para a seleção de casos. Nessa pesquisa, é possível encontrar 102 acórdãos, o que indica a existência de decisões monocráticas e colegiadas. Há também 514 decisões monocráticas, mas a hipótese, acerca de decisões apenas monocráticas, é pela negativa da pretensão de seus autores, já que a decisão não precisou ser referendada pelo Pleno e nem houve Agravo Regimental que suscitasse uma manifestação de todos os Ministros do STF.

Desses 102 acórdãos, foi feita uma análise minuciosa das Ementas. Parte dos casos que mencionavam “interna corporis” tratavam de atos de tribunais estaduais ou do próprio Supremo, e, portanto, não eram casos originários. Excluídos esses casos, restaram 48 casos. Dentre esses, 21 já haviam sido localizados no primeiro procedimento para a formação de banco de dados. Os demais foram analisados e os bancos de dados foram juntados, perfazendo um total de 80 casos a serem analisados. Todos os 80 casos foram analisados um a um, salvo alguns mais antigos, e diversas informações de cunho qualitativo foram percebidas, e serão expostas adiante.

5 ANÁLISE DE DADOS

Uma primeira forma de análise foi feita utilizando quatro condições causais. Duas condições causais dizem respeito ao tema do processo, e são Comissões Parlamentares de Inquérito (na tabela, nomeou-se de A) e Ato, Omissão ou Trâmites das Casas Legislativas (B). Outras duas condições causais se referem aos autores das demandas no STF, e são Partidos ou Políticos (C) e Ministério Público e Cidadãos (D). Nessa análise, optou-se por juntar Ministério Público e Cidadãos por existir só um caso, dentre os 80 analisados nessa pesquisa, que foi promovido pela Procuradoria da República.

Como foi observada uma tendência do Supremo Tribunal Federal em interferir na agenda legislativa das casas do povo quando o tema tratado é Comissões Parlamentares de Inquérito, optou-se por gerar uma condição causal exclusiva a respeito desse tema. Sempre que a condição A se faz presente, há uma consistência maior ($A * C = 0.75$, sendo que o * significa interseção na teoria dos conjuntos). A consistência, conforme já se explicou, é uma medida descritiva utilizada para avaliar a força do modelo empírico para o embasamento teórico do modelo, descrevendo a relação de causalidade entre os conjuntos.

A condição A (Comissões Parlamentares de Inquérito) demonstra, sozinha, uma consistência de 0.67. As demais condições causais têm baixa consistência, se isoladas: $C = 0.16$, $D = 0.15$, $B = 0.07$. A presença da condição A demonstra ser necessária para o R, que consiste na decisão que interfere na agenda das casas legislativas. Quando o tema é Comissão Parlamentar de Inquérito e os autores das ações no Supremo são partidos ou políticos, há uma consistência de 0.75. Isso demonstra que uma decisão interveniente do Supremo, quando é o caso de CPI, e a ação é promovida pelos próprios integrantes do Poder Legislativo, existe uma decisão interveniente.

Tabela 3. Análise de Consistência e de Cobertura.

COMBINAÇÃO	CONSISTÊNCIA	COBERTURA	COMBINED
A*C	0.75	0.40	0.51
A	0.67	0.50	0.43
A*D	0.48	0.11	0.06
C	0.16	0.74	0.08
D	0.15	0.25	0.05

B*C	0.08	0.31	0.05
B	0.07	0.38	0.06
B*D	0.05	0.06	0.02

Fonte: Elaboração Própria a partir do Software fs/QCA de Ragin e Davey (2017). A = Comissões Parlamentares de Inquérito; B = Ato, Omissão ou Trâmites das Casas Legislativas; C = Partidos ou Políticos; D = Ministério Público e Cidadãos.

O Supremo Tribunal Federal intervém nas casas legislativas quando o tema abordado trata de Comissões Parlamentares de Inquérito (A), com uma consistência de 0.67. Na análise individual desses casos, a Suprema Corte justifica suas decisões no sentido de garantir os interesses das minorias parlamentares. Os Ministros são mais reticentes quando da configuração B (Ato, Omissão ou Trâmites das Casas Legislativas). Em que pese decisões individuais ou monocráticas que determinam alguma paralisação de procedimento nas casas legislativas, é comum que o plenário derrube tais decisões, sob a justificativa de que não cabe ao Poder Judiciário intervir em atos *interna corporis* do Poder Legislativo.

O caso MS 31816 ilustra bem o apreço do Poder Judiciário para com a independência do Poder Legislativo. Nele, o Ministro Fux deferiu liminar para impedir apreciação de veto parcial de Dilma Rousseff ao Projeto de Lei 2.565/2011, que versava sobre a partilha de royalties derivados da exploração de petróleo e de gás natural. O Ministro decidiu que os vetos presidenciais deveriam ser apreciados na ordem cronológica, e não fora de ordem. O plenário derrubou essa decisão, com base no fato de que os atos *interna corporis* do Congresso Nacional são imunes ao controle judicial (esse caso será detalhado adiante).

Algumas combinações não apresentam consistência, e por isso não entraram na tabela. É que algumas condições são excludentes entre si: se a condição causal A esteve presente, a condição causal B, que diz respeito a outro tema (A e B são temas genéricos escolhidos a partir da observação do pesquisador), não esteve presente. Com o N-baixo, foi necessário esforço para delimitar as condições causais, mas de forma a não comprometer a consistência do modelo, que poderia ser falho caso o resultado de 2^k fosse superior ao número de casos, conforme comentário anterior.

Feita a análise com as condições A, B, C e D, procedeu-se a uma nova análise de consistência entre as condições A (CPI), E (Partidos), F (Políticos) e D (Ministério Público e Cidadãos). Os resultados foram os seguintes, sem considerar os casos que não apresentaram nenhuma consistência:

Tabela 4. Análise de Consistência e de Cobertura.

COMBINAÇÃO	CONSISTÊNCIA	COBERTURA	COMBINED
A*F	0.75	0.40	0.51
A*D	0.48	0.11	0.06
A	0.67	0.50	0.43
E	0.11	0.08	0.02
F	0.17	0.66	0.08
D	0.15	0.25	0.05

Fonte: Elaboração Própria a partir do Software fs/QCA de Ragin e Davey (2017). A = Comissões Parlamentares de Inquérito; D = Ministério Público e Cidadãos; E = Partidos; F = Políticos.

A*C e A*F acabaram tendo uma consistência igual, significando que a condição causal “Políticos” é que prevalece quando combinada com “CPI”, uma vez que A*E não apresentou nenhum resultado. Aos políticos é que interessa levar o tema CPI para o Supremo Tribunal Federal, a fim de buscar uma interferência do Judiciário no Legislativo, sendo possível concluir que o Partido Político não interfere na judicialização de questões legislativas referentes à condição causal A. Abaixo, é possível verificar a tabela verdade entre as condições A, F e D.

Tabela 5. Tabela Verdade.

A	F	D	NÚMERO	CONSISTÊNCIA RAW	CONSISTÊNCIA PRI	CONSISTÊNCIA SYM
0	0	1	18	0.10	0.095	0.09
1	0	1	3	0.48	0.39	0.47
0	1	1	0	0	0	0
1	1	1	0	0	0	0
0	1	0	42	0.08	0	0
0	0	0	10	0.11	0.03	0.35
1	1	0	7	0.75	0.72	0.81
1	0	0	0	0	0	0

Fonte: Elaboração Própria a partir do Software fs/QCA de Ragin e Davey (2017). A = Comissões Parlamentares de Inquérito; D = Ministério Público e Cidadãos; F = Políticos.

Na tabela verdade, não há nenhum caso em que as condições A, F e D estejam todas presentes, na medida em que uma ação não foi de um político e de um cidadão (ou Ministério Público) ao mesmo tempo. Nenhum caso poderia não ter sido protocolado por um político ou por um cidadão (ou Ministério Público) nessa tabela verdade, uma vez que Poder Judiciário é inerte (ou seja, só decide se provocado). É

por isso que a consistência foi igual a 0 nessas hipóteses. Nas demais, a presença da condição A, CPIs, foi determinante para a consistência de 0.75 para quando $A = 1$ e $F = 1$, lembrando-se que 1 significa que a condição está presente.

Seguindo-se a interpretação, é possível verificar consistência também na interseção $A \cdot D$. Ela se refere à presença das condições CPI (A) e aos autores Ministério Público ou Cidadãos (D). É que há casos envolvendo CPI que foram promovidos por cidadãos (e a ADC 3, movida pelo MP, implicou em decisão interveniente), como no caso do MS 23452, cujo deferimento foi consequência.

Nele, o STF limitou poderes de atos praticados em CPI por determinação do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito, que havia determinado quebras de sigilos e buscas e apreensões sem ordens de magistrados. É como se, nessas situações, o Supremo se defendesse de uma usurpação de competência do Poder Judiciário pelo Poder Legislativo, e agiu antes que perdesse a exclusividade para determinar ações capazes de restringir direitos dos cidadãos.

5.1 A Interferência do Judiciário na Pauta das Casas Legislativas

Dos 80 casos analisados, apenas 10 tiveram decisões colegiadas favoráveis aos autores dos processos. Dos 10, 7 dizem respeito às Comissões Parlamentares de Inquérito. A condição CPI poderia ser considerada uma condição necessária para a interferência do STF na pauta das casas legislativas, se o pesquisador não for tão rígido ao considerar que, para que uma condição seja necessária, a consistência deva ser exatamente igual a 1. Dificilmente a consistência de alguma condição será 1, tendo em vista a constante presença de casos desviantes. No entanto, na análise que foi feita no presente trabalho, constatou-se que a CPI é quase determinante para que o STF interfira na pauta das casas legislativas em Brasília.

Não foi possível encontrar a temática exata do caso MS 21347 de 1991, não sendo possível concluir se versou sobre CPIs. A ADPF 378, promovida pelo Partido Comunista do Brasil, em 2015, foi deferida pelo Supremo Tribunal Federal, e tratava da aplicação subsidiária dos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal aos processos de impeachment. Segundo Barroso (2008, p. 2), “um dos instrumentos pelos quais o Legislativo exerce seus poderes de fiscalização e controle é a instituição de comissões parlamentares de inquérito”. Por meio das CPIs,

o Legislativo exerce seu poder investigativo, com respaldo no art. 49, X, da Constituição Federal.

De todo modo, de 80 casos analisados de forma detalhada, apenas 10 lograram êxito nas mãos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e a maior parte trata das referidas CPIs. Talvez essa conclusão se aproxime da segunda forma de judicialização da política tratada por Vallinder (1994, 91), que diz respeito à exportação do método de decisão judicial para outras esferas do poder. Outros Mandados de Segurança envolvendo CPIs tiveram êxito em decisões liminares e monocráticas, mas perderam o objeto posteriormente. É o caso do MS 24832, que tentava impedir a transmissão e gravação de sessão pública de Comissão Parlamentar de Inquérito. Foi concedida liminar visando obstar as transmissões e gravações de forma monocrática, que não foi referendada pelo plenário, e logo perdeu-se o objeto da ação.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal vem interferindo no Poder Legislativo quando o tema é Comissão Parlamentar de Inquérito. Antes da Constituição Federal de 1988, quando da impetração de Mandado de Segurança por Itamar Franco em face da Mesa do Congresso Nacional em 1980, o Supremo deliberou sobre “emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da república” (Supremo Tribunal Federal, 1980).⁴¹ Apesar de o Mandado de Segurança ter sido indeferido, houve deliberação que poderia ter tido um resultado diferente, ou seja, que tivesse impedido a deliberação de Proposta de Emenda Constitucional – PEC.

Quatro anos depois, o STF viria a proferir decisão que influencia até hoje em sua relação com o Poder Legislativo. O MS 20464 tinha o objetivo de incluir matéria

⁴¹ - MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DA MESA DO CONGRESSO QUE ADMITIU A DELIBERAÇÃO DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL QUE A IMPETRAÇÃO ALEGA SER TENDENTE A ABOLIÇÃO DA REPÚBLICA. - Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, 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 a deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança indeferido.

(MS 20257, Relator(a): Min. DÉCIO MIRANDA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/1980, DJ 27-02-1981 PP-01304 EMENT VOL-01201-02 PP-00312 RTJ VOL-00099-03 PP-01031)

na ordem do dia do Senado Federal. O Mandado de Segurança não foi conhecido, e restou decidido que “matéria "interna corporis" "que se resolve, exclusivamente, no âmbito do Poder Legislativo, sendo vedada sua apreciação pelo judiciário" (Supremo Tribunal Federal, 1984).⁴²

O MS 20471, de 1984, no mesmo sentido, foi negado, por tratar de “matéria relativa à interpretação, pelo Presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo”.⁴³ O recente MS 35537, que visava impedir a tramitação de projeto de decreto legislativo referente à intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro, que foi incluído na ordem do dia em Sessão Extraordinária que foi realizada às 19h do dia 19/02/2018, teve medida cautelar negada, e uma das justificativas foi “que a correção de desvios exclusivamente regimentais, por refletir tema subsumível à noção de atos “interna corporis”, refoge ao âmbito do controle jurisdicional, como tem decidido esta Suprema Corte” (Supremo Tribunal Federal, 2018).

Não é correto afirmar que o Supremo Tribunal Federal modifica a pauta legislativa ou interfere nas atribuições do Poder Legislativo. Esperava-se, por hipótese desta pesquisa, que a ingerência do Judiciário fosse consideravelmente maior na formação da pauta dos legisladores. É, talvez, uma manifestação do “prudencialismo” do STF, ao qual se refere Carvalho (2004, p. 120).

Interessante perceber uma mudança de postura no Ministro Gilmar Mendes em dois casos distintos: o MS 24138 e o MS 32033. O primeiro visou impedir deliberação de projeto de lei nº 5483/2001, que determinava alteração no art. 618 da CLT. O Ministro Néri da Silveira negou liminar, sustentando que é inadmissível controle

⁴² - EMENDA CONSTITUCIONAL. INCLUSÃO NA ORDEM DO DIA. ATO DO PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL. - Projeto de emenda à constituição, seguida de proposta da maioria absoluta dos membros da câmara dos deputados, no sentido de que a matéria relativa a instituição de eleições diretas para presidente e vice-presidente da república, rejeitada na atual sessão legislativa, seja incluída na ordem do dia na mesma sessão. Ato do presidente do Congresso Nacional reconhecendo que a Emenda Constitucional está em condições de ser submetida ao plenário, e o será, oportunamente, a juízo da presidência ou de conformidade com acordo de lideranças, "ex vi" de normas regimentais. matéria "interna corporis" "que se resolve, exclusivamente, no âmbito do Poder Legislativo, sendo vedada sua apreciação pelo judiciário" (rtj 102/27). mandado de segurança não conhecido. (MS 20464, RELATOR(A): MIN. SOARES MUNOZ, TRIBUNAL PLENO, JULGADO EM 31/10/1984, DJ 07-12-1984 PP-20987 EMENT VOL-01361-01 PP-00117 RTJ VOL-00112-02 PP-00598)

⁴³ - MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO LEGISLATIVO NO CONGRESSO NACIONAL. INTERNA CORPORIS. MATÉRIA RELATIVA A INTERPRETAÇÃO, PELO PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL, DE NORMAS DE REGIMENTO LEGISLATIVO É IMUNE A CRÍTICA JUDICIÁRIA, CIRCUNSCREVENDO-SE NO DOMÍNIO INTERNA CORPORIS. PEDIDO DE SEGURANÇA NÃO CONHECIDO. (MS 20471, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/1984, DJ 22-02-1985 PP-01589 EMENT VOL-01367-01 PP-00040 RTJ VOL-00112-03 PP-01023)

preventivo de constitucionalidade de lei. O sucessor na relatoria foi o Ministro Gilmar Mendes, que votou pela denegação da ordem, uma vez que sua concessão comprometeria “o próprio sistema de divisão de poderes estabelecido na Constituição”. (Supremo Tribunal Federal, 2002). Já no MS 32033, em 2013, alegava-se violação constitucional em razão da tramitação do PL 4470/2012, que estabelecia que a migração partidária que ocorrer durante a legislatura não importaria na transferência de recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e em televisão.

O Relator, o Ministro Gilmar Mendes, deferiu a liminar para suspender a tramitação do PLC 14/2013. O plenário derrubou a liminar e indeferiu o Mandado de Segurança, e assentou que “quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo”. O STF, em decisão colegiada, manteve-se distante das atribuições do Legislativo, asseverando inexistir controle preventivo de constitucionalidade de leis.⁴⁴

⁴⁴ Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificção plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido.

(MS 32033, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00330)

5.2 Análise de alguns casos

Em 1984, o Supremo Tribunal Federal julgou dois Mandados de Segurança, ambos cujos requerimentos eram pela inclusão de matéria na ordem do dia na agenda do Congresso Nacional e do Senado Federal (MS 20464 e MS 20471, respectivamente). Nesses dois casos, os Mandados de Segurança não foram conhecidos, e se entendeu que não havia questão constitucional, e que tudo o mais se exauriria no domínio da interpretação de normas de regimento legislativo, constituindo *interna corporis*, matéria, segundo o julgado, insuscetível de crítica judiciária. Antes da Constituição Federal de 1988, o STF tomou o cuidado de não modificar a pauta legislativa.

Decisão de mesmo caráter, em 2017 (MS 34764), demonstra que o Judiciário, em respeito ao princípio da separação de poderes, não tomou decisão que poderia suspender a tramitação em regime de urgência do PL 6787/2016, que objetivava mudar a legislação trabalhista. Segundo os impetrantes, teria havido afronta ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados, mas o relator, citando inúmeros precedentes, entendeu que a interpretação de regimento deve ser feita exclusivamente no âmbito do Poder Legislativo, sendo vedada uma interpretação a ser dada pelo Poder Judiciário.

Diferente desses, outro caso que chama atenção é o caso MS 31816 de 2012, que expõe a reação do Senado Federal a uma decisão interveniente do Supremo Tribunal Federal. Foi deferido um pedido liminar feito pelo Deputado Federal Alessandro Lucciola Molon determinando à Mesa Diretora do Congresso Nacional que se abstinhasse de deliberar acerca do veto parcial nº 38/2012 antes que se procedesse à análise de todos os vetos pendentes que estavam com prazos para análise expirados, observadas as ordens cronológicas e as regras regimentais pertinentes. Decidiu o Ministro Luiz Fux, monocraticamente, que um veto do Presidente da República deveria ser analisado de imediato, e caberia ao Poder Judiciário supervisionar as regras constitucionais previstas no art. 66, §§ 4º e 6º.

Para este juiz, ofensas aos regimentos das casas legislativas poderiam ser tratadas pelo Poder Judiciário, rejeitando-se o que chamou de “doutrina das questões interna corporis”, tendo em vista supostas manifestas contrariedades ao Estado de Direito e à proteção de minorias parlamentares. Imediatamente, a União e o Presidente do Senado Federal, solicitaram esclarecimentos sobre o alcance da

decisão monocrática. É que o Senado não compreendeu se a decisão tinha efeitos globais, ou seja, se todas as deliberações do Congresso Nacional deveriam parar por haver estoque de vetos presidenciais para apreciação; ou se a deliberação legislativa seria apenas sobre o caso específico.

O Ministro Luiz Fux explicou que o Congresso Nacional não estaria impedido de deliberar sobre toda e qualquer proposição, e sua decisão liminar serviria somente para o caso concreto. Reconheceu que o Congresso permanece soberano para apreciar e votar conforme sua discricção política, declarando que as proposições que não diziam respeito aos vetos presidenciais poderiam e deveriam ser apreciadas com a observância da Constituição pelo Congresso. O Senado Federal não estaria, assim, paralisado por decisão da Suprema Corte. Aparentemente, o Legislativo se sentiu afrontado pelo Judiciário, e por isso cobrou esclarecimentos do Ministro, que logo delimitou sua decisão em uma postura de interferência menos incisiva.

Vinte dias depois, em 27 de fevereiro de 2013, em julgamento de Agravo Regimental, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que a liminar não deveria ser mantida, uma vez que se mostraria pouco provável que a determinação de Fux sobrevivesse de forma definitiva, já que as consequências de uma decisão final nesse sentido seriam graves e implicariam em inconstitucionalidade de toda uma prática do Congresso Nacional quanto à apreciação de vetos presidenciais. Em 06 de março de 2013, o Congresso rejeitou o veto apostado pela Presidente ao PLS 448/2011, e, em 14 de março de 2013 houve a promulgação das partes originalmente vetadas, convertidas em definitivo em norma jurídica que foi publicada no Diário Oficial da União no dia seguinte. Na data de 23 de agosto de 2013, Luiz Fux julgou o Mandado de Segurança prejudicado, em razão de sua perda de objeto.

Sendo assim, quando uma ação judicial visa questionar um trâmite ou ato legislativo, o Poder Judiciário se mantém reticente. Quando versa sobre Comissões Parlamentares de Inquérito, existe uma construção jurisprudencial, desde o caso MS 23452, julgado em 1999, no sentido de que o controle jurisdicional de abusos cometidos em CPIs não ofende o princípio da tripartição de poderes.

Nesse MS, que fora impetrado por um cidadão, ficou registrado que o controle exercido constitui uma exigência democrática, com base em um sistema de freios e contrapesos. É que o impetrante se viu alvo de ato do presidente de Comissão Parlamentar de Inquérito que havia determinado quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico, com a ordem de busca e apreensão em sua casa e em seu escritório de

advocacia, destinado a apurar fatos veiculados pela imprensa da época. O Supremo Tribunal Federal entendeu ser seu dever resguardar a democracia, e para isso não existiria interferência na separação de poderes, ao deferir o MS impetrado.

A respeito de Comissões Parlamentares de Inquérito, o Supremo Tribunal Federal, no MS 26441, concedeu de forma completa (R = 1) o pedido feito por deputados federais, dentre os quais Onyx Lorenzoni. Ficou determinado que a Câmara dos Deputados deveria instalar CPI para investigar causas, consequências e responsáveis pelo chamado Apagão Aéreo que aconteceu no Brasil. Invalidou-se, assim, deliberação do plenário da Câmara dos Deputados que havia desconstituído um ato de criação da Comissão. Segundo decisão do Supremo, uma prerrogativa das minorias parlamentares não poderia ficar sujeita aos caprichos da maioria. Essa decisão se coaduna com precedentes da Suprema Corte (MS 24849, MS 23452, dentre outros), demonstrando-se que o tema CPI é mais bem vigiado pelo Poder Judiciário e pelos Ministros da Suprema Corte que o compõem.

Um caso extremamente recente, com decisão proferida em 02 de fevereiro de 2019 (Petição Avulsa na Medida Cautelar na Suspensão de Segurança 5.272 Distrito Federal), apesar de não ter entrado no banco de dados analisado, merece ser aqui descrito. O Presidente do Supremo Tribunal Federal, durante a madrugada e a pedido dos partidos Solidariedade e Movimento Democrático Brasileiro (MDB), concedeu liminar para determinar que a votação para a escolha do novo presidente do Senado seja secreta, e ao mesmo tempo anulou votação aberta anteriormente realizada.

O Ministro, que já havia cassado liminar de Marco Aurélio que era favorável à votação aberta, determinou que a votação deve seguir o regimento interno para eleição da mesa diretiva do Senado. Internamente, o Senador Davi Alcolumbre havia levantado questão de ordem para declarar que a norma do art. 60 do Regimento Interno do Senado Federal não havia sido recepcionada pela CF/88. Toffoli entendeu esse procedimento como incorreto, por não ter havido deliberação nominal por unanimidade do plenário. Renan Calheiros, apesar de ter conseguido decisão anulatória da primeira eleição (com votação aberta) para a presidência do Senado, retirou sua candidatura e, horas depois, Alcolumbre se consolidou na presidência da referida casa legislativa. Nesse caso, mais uma vez, o STF agiu.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Legislativo têm funções distintas e se complementam, mas tudo com base em um sistema de freios e contrapesos. Um Poder não pode usurpar de outro Poder alguma competência constitucional, sob pena que a Constituição Federal seja ferida e que os cidadãos se vejam sem direitos fundamentais garantidos.

A importância dada ao Poder Judiciário surgiu ao longo dos séculos, atrelada à importância das constituições e das garantias aos direitos fundamentais que elas pretendem assegurar. Os movimentos constitucionalistas que limitaram o campo de atuação do Poder Executivo e as cartas constitucionais que surgiram em decorrência deles precisaram de um guardião. No Brasil e em outros países, o Poder Judiciário é que guarda a Constituição.

A judicialização da política, que, em um de seus sentidos, significa a entrega aos juízes do poder de decidir uma questão política, é um fenômeno crescente no mundo ocidental, e as profundas violações de direitos humanos decorrentes da ascensão do Regime Nazista na Alemanha e a posterior Segunda Guerra Mundial, dentre outros fatores, contribuíram para que as Cortes fossem colocadas em um papel de protagonismo. A judicialização, que pode ocorrer a partir da exportação dos métodos jurídicos de decisão ou da própria revisão de atos do Poder Executivo ou Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, gera curiosidade nos pesquisadores, que a todo o tempo buscam explicações para tal fenômeno, assim como visam saber sobre o impacto dele na divisão de funções ou de poderes do Estado.

A revisão judicial e o controle de constitucionalidade das leis são instrumentos da judicialização. Esses fenômenos foram destacados ao longo do trabalho a partir, em especial, do caso *Marbury versus Madison* nos Estados Unidos da América, e da construção teórica de Kelsen, na Europa.

No primeiro caso, uma lei foi declarada inconstitucional e fez com que a Suprema Corte dos Estados Unidos limitasse a própria competência e, ao mesmo tempo, em uma estratégia histórica, impedisse que o Presidente dos Estados Unidos descumprisse uma decisão da Corte, que assegurou o direito material pleiteado de *Marbury* de assumir um cargo de juiz de paz, mas se julgou incompetente por ser inconstitucional lei que assegurava sua competência. Nos EUA, originou-se o poder difuso de controle de constitucionalidade.

No segundo caso, a construção teórica de Kelsen atribuiu à Constituição o caráter de norma fundamental, que estaria acima de quaisquer outras normas, e todo o ordenamento jurídico deveria estar alinhado às normas constitucionais, sob pena de declaração de inconstitucionalidade por uma Suprema Corte. Na Europa, em geral, estabeleceu-se o controle concentrado de constitucionalidade das leis, cabendo a uma Corte o papel de proteger as normas constitucionais.

Desse modo, tanto o controle de constitucionalidade das leis como a revisão judicial promovem um ambiente favorável para que os próprios atores políticos busquem a Suprema Corte para resolver problemas da arena majoritária. No entanto, a existência de previsão constitucional para revisão judicial ou controle de constitucionalidade não é condição suficiente para o fenômeno da judicialização da política: a democracia é uma das condições necessárias para essa possibilidade.

É por isso que, ao longo do trabalho, houve uma preocupação com o regime democrático. A democracia ganhou critérios ao longo dos séculos, e falar que um país é democrático por apenas realizar eleições periódicas é um erro. A democracia é sufocada caso o Poder Judiciário perca suas características de independência e imparcialidade. Uma Suprema Corte deve ser independente e, inclusive, contramajoritária: a estratégia de *court packing*, conforme citado ao longo do trabalho, faz do Judiciário um mero espelho do poder majoritário, impedindo o controle de constitucionalidade de atos e leis.

Outros fatores levam à judicialização, dentre os quais fragmentação partidária e baixa confiança da população no Poder Judiciário, conforme se analisou. O Brasil, que guarda essas características, possui um modelo misto de revisão de decisões com base na Constituição Federal: o modelo difuso e o modelo concentrado de controle de constitucionalidade. Qualquer pessoa pode ser intérprete da CRFB, seja perante um juiz singular ou seja perante um Ministro do Supremo Tribunal Federal. O rol de legitimados para propor ações de controle concentrado de constitucionalidade só cresce, como exemplifica o caso da ADPF 527.

Nesse sentido, existe uma difusão da Constituição Federal, levada adiante a partir da planificação dos direitos fundamentais por todo o seio social. A constitucionalidade de uma norma pode ser analisada casuisticamente ou abstratamente, no Brasil. No entanto, percebeu-se de forma recorrente que o Supremo Tribunal Federal não faz um controle preventivo de constitucionalidade das

leis, e sustenta que as casas legislativas têm a competência e o dever de perceber a inconstitucionalidade de determinada lei em tramitação.

Os próprios políticos ou partidos políticos é que buscam, de forma recorrente, o Poder Judiciário para solucionar seus problemas. É que podem ter benefícios, inclusive midiáticos, quando buscam a Suprema Corte. Esse tribunal pode servir como *veto point*, e pode retardar ou impedir algum trâmite, desmerecer atitudes ou fazer alguma declaração a respeito de algum tema proposto. Razões e interesses são muitos para que a judicialização da política aconteça.

A presente pesquisa se preocupou em saber as condições causais que, se presentes, geram uma decisão do STF capaz de interferir na pauta ou agenda das casas legislativas. A hipótese era a de que existiria uma forte interferência do Judiciário na pauta da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional, especialmente quando se trata de atos, omissões ou trâmites das casas legislativas. A conclusão é que a hipótese foi negada, e ficou perceptível uma posição do STF, desde 1980, no sentido de que é vedado ao Judiciário intervir em atos internos das casas legislativas. Apesar de que existem decisões monocráticas de Ministros do Supremo Tribunal Federal que afetaram a pauta legislativa, essas decisões costumaram ser reformadas pelo plenário da Suprema Corte.

Conforme se analisou, quando a condição causal CPI está presente, é muito provável que o Supremo Tribunal Federal interfira na agenda legislativa. Seria possível até sugerir que a presença da condição causal CPI é condição necessária para a interferência do STF na pauta das casas legislativas, em que pese a consistência dessa condição ter sido inferior a 1.

O Supremo Tribunal Federal, em suas justificativas de decisões, menciona que os direitos das minorias parlamentares devem ser resguardados. O STF demonstrou apreço por suas competências, na oportunidade em que impediu que o Presidente de uma Comissão Parlamentar de Inquérito determinasse quebra de sigilos e buscas e apreensões de forma independente, ou seja, sem determinação judicial. Nesse caso, quando o Poder Legislativo avançou sobre as prerrogativas do Poder Judiciário, o STF agiu no sentido de frear o Presidente da CPI. Outros casos envolvendo CPI também geraram decisões intervenientes do Supremo na pauta das casas legislativas.

Um estudo de caso também foi desenhado, e foi possível analisar peculiaridades qualitativas a respeito das decisões do STF que podem afetar o Poder Legislativo. Em se tratando de atos *interna corporis*, o Supremo Tribunal Federal se

mantém reticente. Fala sempre em separação de poderes e na ausência de controle preventivo de constitucionalidade das leis no sistema constitucional brasileiro. Atos envolvendo CPIs é que são mais passíveis de controle judicial, conforme resultados expostos obtidos a partir da Análise Qualitativa Comparativa (QCA): estando presente a condição causal “CPI”, em conjunto com a condição causal “Políticos”, ou seja, políticos que impulsionam ações no Supremo Tribunal Federal que versam sobre Comissões Parlamentares de Inquérito, observou-se que, presentes essas condições (consistência de 75%), é muito provável que o Supremo Tribunal Federal interfira na pauta das casas legislativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da Política no Brasil**: Influência sobre Atos Interna Corporis do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

_____. **Atuação do judiciário com relação aos atos interna corporis do Congresso Nacional Brasileiro**. Revista Eletrônica Direito e Política. Itajaí: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, 2014.

ARANTES, Rogério Bastos. **Cortes Constitucionais**. In: Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: Um Relato Sobre a Banalidade do Mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

AVILES, Edgar Alberto Zamora. **Contribuciones contemporáneas de metodologías cualitativas para el análisis de políticas públicas**: Process Tracing y Qualitative Comparative Analysis. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, 2017.

AVRITZER, Leonardo. **Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil**. In: Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

_____. **Revolução Americana e constitucionalismo**. In: Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BARBOSA, Eduardo Ubaldo. **A Constitucionalização do Habeas Corpus**. Brasília: UNB, 2016.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. **O Silêncio dos Incumbentes**: fragmentação partidária e o empoderamento judicial no Brasil. Recife: UFPE, 2015.

BARBOSA, Luis Felipe Andrade. CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Decidindo Sobre Decisões**: O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização Da Agenda Legislativa Do Congresso Nacional (**Versão Preliminar**). Belo Horizonte: ABCP, 2016.

BARROS, Alberto de. **Revolução Inglesa e constitucionalismo**. In: Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Comissões Parlamentares de Inquérito e suas Competências**: Política, Direito e Devido Processo Legal. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERGMAN, Torbjörn. Müller, Wolfgang C. Strom, Kaare. **Parliamentary democracy and the chain of delegation.** Exeter: European Journal of Political Research, 2003.

BETARELLI JUNIOR, Admir Antônio. **Introdução à Análise Qualitativa Comparativa e aos Conjuntos Fuzzy (FSQCA).** Brasília: Enap, 2018.

BIGNOTTO, Newton. **Revolução Francesa e constitucionalismo.** In: Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BORGES, André. VIDIGAL, Robert. **Do lulismo ao antipetismo?** Polarização, partidarismo e voto nas eleições presidenciais brasileiras. Campinas: Opinião Pública, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil.** Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em Busca Da Judicialização Da Política No Brasil: Apontamentos Para Uma Nova Abordagem.** Curitiba: Rev. Sociol. Polít., 2004.

CARVALHO, Ernani. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. **Dossiê Política, Direito e Judiciário: Uma Introdução.** Curitiba: Rev. Sociol. Polít, 2013.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. **LATINOBARÓMETRO 2017.** Santiago de Chile, 2017.

CRONQVIST, Lasse. **Konfigurationelle Analyse mit Multi-Value QCA als Methode der Vergleichenden Politikwissenschaft mit einem Fallbeispiel aus der Vergleichenden Parteienforschung** (Erfolg Grüner Parteien in den achtziger Jahren). Marburg: Philipps-Universität Marburg, 2007.

CUNHA FILHO, Márcio Camargo. **Judiciário legislador?** Análise da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tratamento de omissões inconstitucionais (1990-2011). Caxambu: ANPOCS, 2011.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

DESPOSATO, Scott W. INGRAM, Matthew C. LANNES JR, Osmar P. Power, **Composition, and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional**

Reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal. Oxford: The Journal of Law, Economics, and Organization, 2014.

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)**. In: Ações Constitucionais. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

DOMINGUES, José Maurício. **Constitucionalismo latino-americano**. In: Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

DUMBAULD, Edward. **Judicial Review and Popular Sovereignty**. Filadélfia: University Of Pennsylvania, 1950.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos**. Filadélfia: Convenção Constitucional da Filadélfia, 1787.

FEREJOHN, John. **Judicializing Politics, Politicizing Law**. Durham: *Law and Contemporary Problems*, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017

FÖPPEL, Gamil. SANTANA, Rafael. **Habeas Corpus**. In: Ações Constitucionais. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

FREITAS, Vítor Eduardo Veras de Sandes. **Alianças Partidárias Nos Estados Brasileiros: Das Coligações Às Coalizões De Governo**. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2015.

FREITAS, Vítor Sandes. BIZZARRO NETO, Fernando. **Qualitative Comparative Analysis (QCA): usos e aplicações do método**. Recife: Revista Política Hoje, 2016.

GUEDES, Néviton. **Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional**. Revista Consultor Jurídico, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. SPÍNOLA, Grasielly de Oliveira. **The Brazilian Judiciary as an Organ of Political Control**. Rio de Janeiro: Panorama of Brazilian Law, 2014.

GUSMÃO, Hugo César Araújo de. **Reforma Constitucional e Integración Europea**. Granada: Universidad de Granada, 2008.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. **O Federalista**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Toronto: Fordham Law Review, 2006.

_____. **The Political Origins of the New Constitutionalism**. Indiana: Indiana Journal of Global Legal Studies, 2004.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SCHUMPETER, JOSEPH A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. (Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann). — Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

KELLSTEDT, Paul M. WHITTEN, Guy D. **Fundamentos da Pesquisa em Ciência Política**. São Paulo: Blucher, 2015.

KING, Gary. KEOHANE, Robert O. VERBA, Sidney. **Designing Social Inquiry**. Scientific Inference in Qualitative Research. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

KINGDON, John W. **Agendas, Alternatives and Public Policies**. Michigan: Longman, 1995.

LEVITSKY, Steven. Ziblatt, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro, Zahar, 2018.

LIJPHART, Arend. **Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LOUREIRO, Maria Rita. **As origens e consequências da judicialização da política**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Sociais, 2014.

LOURENÇO, Joyce Louback. **O Constitucionalismo e as experiências democratizantes na América Latina: um estudo comparativo entre as Constituições do Brasil, Colômbia e Equador**. Anais do II Simpósio Internacional Pensar e Repensar a América Latina. São Paulo: USP, 2016.

MADISON, A. HAMILTON, J. JAY, J. **Os federalistas**. Brasília: UNB, 1984.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. **O Supremo Tribunal Federal como “tribunal político”**: observações acerca de um lugar comum do direito constitucional. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2008.

MAINWARING, Scott et al. **Classificando regimes políticos na América Latina, 1945-1999**. Dados, v. 44, n 4. Rio de Janeiro, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOE, Terry M. **Power and Political Institutions**. In *Perspectives on Politics* Vol. 3, No. 2 (Jun., 2005), pp. 215-233. Washington, DC: APSA, 2005.

MUCKERJEE, Bumba. YADAV, Vineeta. **Democracy, Electoral Systems, and Judicial Empowerment in Developing Countries**. Michigan: The University of Michigan Press, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2013.

O'DONNELL, Guillermo. **Democracia, agência e estado. Teoria com intenção comparativa**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. **Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

POST, Robert. **Democracy, Popular Sovereignty, and Judicial Review**. Berkeley: California Law Review, 1998.

PRZEWORSKI, Adam. et. al. **O que mantém as democracias?** São Paulo: Lua Nova, 1997.

RAGIN, Charles. Davey, Sean. **Fs/QCA** (Programa de Computador). Irvine, Universidade da Califórnia, 2017.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. HERRERA, Luiz Henrique Martim. Hans Kelsen: **Filosofia jurídica e democracia**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2015.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REZENDE, Flávio da Cunha. **Desenhos de Pesquisa e Qualidade Inferencial na Ciência Política: o Modelo de Engrenagens Analíticas**. Teresina: Conexão Política, 2015.

_____. **O Pluralismo Inferencial na Ciência Política Pós-KKV (2005- 2015): Argumento e Evidências**. Recife: Revista Política Hoje, 2017.

_____. **Os Leviatãs Estão Fora do Lugar: democracia, globalização e transformações no papel do Estado 1990 – 2010**. Recife: Editora UFPE, 2016.

_____. **Transformações na cientificidade e o ajuste inferencial na Ciência Política**: argumento e evidências na produção de alto fator de impacto. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, 2015.

SCHNEIDER, Carsten Q. WAGEMANN, Claudius. **Set-Theoretic Methods for the Social Sciences**: a Guide to Qualitative Comparative Analysis. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

SHUGART, Matthew Soberg. HAGGARD, Stephan. **Institutions and Public Policy in Presidential Systems**. In Presidents and Parliaments, Haggard and McCubbins, eds. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

SILVA, Glauco Peres da. **Desenho de Pesquisa**. Brasília: Enap, 2018.

STERN, Ana Luiza Saramago. **O Caso Marbury v. Madison**: o nascimento do judicial review como artifício político. Natal: Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 18, n. 3, p. 193-212, 2016.

STROM, Kaare. **Parliamentary Democracy and Delegation**. In: Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies. Oxford: Oxford University Press, 2003.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. **Os partidos dentro e fora do poder**: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. Rio de Janeiro: Revista de Ciências Sociais, vol. 51, núm. 4, 2008, pp. 825-864.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 58^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VALLINDER, Torbjörn. **The Judicialization of Politics**, a World-wide Phenomenon: Introduction. International Political Science Review, 1994.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política**. In: Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

YIN, Robert K. Estudo de Caso: **Planejamento e Métodos**. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZUCCOLOTTO, Vinicius Rodrigues. **O Congresso Nacional e a Judicialização da Política**: o uso das Ações Diretas de Inconstitucionalidades pelos principais partidos de oposição no Brasil. Vitória: Caderno Eletrônico de Ciências Sociais, 2016.