



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

Diego Ferreira Pimentel

OS ASPECTOS POLÍTICOS DA CAPACIDADE DELIBERATIVA DO STF:
Uma crítica às teorias jurídicas sobre o controle de constitucionalidade

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Juliano Zaiden Benvindo

Brasília – DF

2024

DIEGO FERREIRA PIMENTEL

**OS ASPECTOS POLÍTICOS DA CAPACIDADE DELIBERATIVA DO STF:
Uma crítica às teorias jurídicas sobre o controle de constitucionalidade**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Juliano Zaiden Benvindo.

Brasília – DF

2024

DIEGO FERREIRA PIMENTEL

**OS ASPECTOS POLÍTICOS DA CAPACIDADE DELIBERATIVA DO STF:
Uma crítica às teorias jurídicas sobre o controle de constitucionalidade**

BANCA EXAMINADORA

Juliano Zaiden Benvindo

Professor Associado da Faculdade de Direito Universidade de Brasília
Orientador

Menelick de Carvalho Netto

Professor Associado da Faculdade de Direito Universidade de Brasília

Miguel Gualano de Godoy

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná

Gabriel Dias Marques da Cruz

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Brasília – DF

2024

AGRADECIMENTOS

Uma frase do escritor tcheco, Milan Kundera, ressoa em minha mente: “tudo é vivido pela primeira vez e sem preparação, como se um ator entrasse em cena sem nunca ter ensaiado”. Há algum tempo minha vida segue cercada dessas primeiras vezes. A mudança para Salvador, a chegada de novas pessoas, as transições entre áreas profissionais, o início do mestrado na UnB, a decisão de não mudar para Brasília (antes sonhos!)... tudo isso me faz pensar como a vida mudou tanto desde quando estava escrevendo os agradecimentos da monografia na graduação. Fico surpreso como tudo se encaixou tão bem!

Sempre ouvi comentários sobre como os caminhos durante o mestrado são tortuosos e difíceis. Sou feliz por perceber como, ao invés disso, os meus caminhos, desde o momento da aprovação até aqui, foram leves e prazerosos, mesmo que cansativos nas diversas semanas em que me revezava entre as obrigações profissionais, os estudos e as idas para as aulas em Brasília. Faria tudo novamente e do mesmo jeito, independentemente dos resultados.

Quero agradecer, como não poderia ser diferente, àqueles que durante esse período foram e seguem sendo essenciais a minha vida. Talvez, para além da importância de se saber o que se quer e realizar o que se almeja, seja mais importante ainda a certeza que estamos cercados de pessoas importantes nessa trajetória.

Aos meus pais, André e Áurea, bem como aos meus irmãos, Rodrigo e Lucas, a minha vida, minha formação e os meus pensamentos são reflexos de se ter uma família que incentiva e dá asas aos meus sonhos, desejos e anseios.

A Marjorie, meu amor e companheira de vida, obrigado pelo apoio, pela paciência e pelo companheirismo que compartilhamos, sendo a pessoa que acompanhou mais de perto todo esse processo desde o primeiro momento até aqui.

Aos queridos amigos, que desde a graduação fazem parte dessa jornada: as Brunas (Mercês e Portugal), Daniela, Guido, Helena, Jean, Lidiane, Marcos e Rômulo.

Aos amigos de Brasília: Caio, Davi Leal, Davi Marques, Heron e Luigi. As idas ao DF sempre são mais animadas por poder vê-los.

Agradeço ainda ao meu orientador, Juliano Zaiden Benvindo, que foi essencial para a elaboração deste trabalho. As suas sugestões, críticas, indicações de literatura e comentários sempre pertinentes foram primordiais no desenvolvimento desta dissertação.

Estendo também esses agradecimentos aos professores Menelick de Carvalho Netto, Miguel Gualano de Godoy e Gabriel Dias Marques da Cruz, participantes da banca de avaliação, pelos comentários, sugestões e críticas que auxiliaram no aprimoramento desta pesquisa.

Por fim, agradeço a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Aqui pude ter contato com professores, pesquisadores e colegas do mais elevado nível, cujas discussões demonstram a capacidade de se pensar e observar o Direito para além de modelos teóricos superficiais que não englobam a complexidade de nossas instituições e sistema jurídico.

A todos, muito obrigado!

“A nossa espada é um mero símbolo. É uma simples pintura decorativa — no teto ou na parede das salas de Justiça”. (Min. Nelson Hungria, HC 3.357/DF, 22/11/1955).

“A Constituição é o que o Supremo assenta”. (Min. Marco Aurélio Mello, RE 590.809/RS, 11/09/2014).

RESUMO

Nas últimas décadas, uma série de pesquisas foram desenvolvidas no âmbito do Direito com o objetivo de explicar a progressiva ascensão do Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Pautadas pelas concepções da judicialização da política e do ativismo judicial, essas pesquisas não lograram êxito em apresentar explicações consistentes sobre o tema, restringindo-se a discussões conceituais e normativas. Em paralelo, pesquisas empíricas desenvolvidas pelos cientistas políticos tiveram sucesso em demonstrar que, ao contrário do que usualmente é defendido pelos juristas, há uma série de fatores políticos que influenciam o modo de atuação do STF, provenientes do presidencialismo de coalizão. A exemplo disso, aponta-se a correlação entre a fragmentação do sistema político, o método de indicação dos ministros da Corte, a instrumentalização do *judicial review*, entre outros, como fatores de influência da inserção do STF na arena política. A partir desse cenário, esta dissertação desenvolve uma crítica ao modo como o Direito tem analisado esse debate, apontando para a necessidade de aproximação da análise política e empírica desses órgãos pelas pesquisas jurídicas. Todavia, distintamente a ciência política, defende-se que esse método de observação não deve resultar na conclusão de uma Corte como um *player* político comum, mas deve nortear futuras análises como forma de se pensar formas e alternativas para ampliar as normas como fonte regulamentadora do processo deliberativo da Suprema Corte.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Controle de Constitucionalidade; Presidencialismo de Coalizão; Judicialização da Política; Ativismo judicial.

ABSTRACT

In recent decades, a series of research studies have been developed in law to explain the progressive rise in protagonism of the Brazilian Federal Supreme Court after the promulgation of the Federal Constitution of 1988. Guided by the concepts of the judicialization of politics and judicial activism, those papers were unable to present consistent explanations on this topic, restricting themselves to conceptual and normative discussions. Some empirical research, in parallel, carried out by political scientists were successful in demonstrating that, contrary to what is often defended by legal experts, there is a series of political factors that influence the way the Brazilian Supreme Federal Court operates, motivated mostly by what is frequently called in the Brazilian government structure informally as “coalition presidentialism”. As examples, we can note: the correlation between the fragmentation of the political system, the way the Brazilian Constitution prescribes appointing the Supreme Court justices, the cooptation of judicial reviewing for political aims, among other factors, as some explanation for the current overpresence of the Supreme Court in the political arena. Based on this scenario, this paper develops a critique of how law research has analyzed this problem, pointing out the need to bring political and empirical analysis together when researching the way those courts are currently working. However, political science argues that this joint method of observation should not result in the assessment that a high court is just a mundane political player but should guide future analysis as a way of reasoning about alternatives and ways to expand legislation as a regulatory source of the deliberative process of the Supreme Court.

Keywords: Federal Supreme Court; Judicial Review; Coalition presidentialism; Judicialization of politics; Judicial activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
A. Qual é o problema da pesquisa?	18
B. Roteiro da dissertação.....	19
CAPÍTULO I – AS TEORIAS JURÍDICAS SOBRE A ASCENSÃO DO STF: UM DEBATE (A SER) SUPERADO	21
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	21
2. ATIVISMO JUDICIAL E DOGMATISMO: A IMPORTÂNCIA DOS FATORES FORMAIS NA ATUAÇÃO DO STF	23
3. A INFLUÊNCIA POLÍTICA SOBRE A DELIBERAÇÃO JUDICIAL: A NECESSIDADE DE APROXIMAÇÃO TEÓRICA ENTRE O STF E O PRESIDENCIALISMO.....	31
4. JUDICIÁRIO E SEPARAÇÃO DE PODERES: A IMPORTÂNCIA DE APROXIMAR O SISTEMA POLÍTICO PARA UMA REAL COMPREENSÃO DA ATUAÇÃO DO STF.....	37
CAPÍTULO II – A CORRELAÇÃO ENTRE O STF E O SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO	44
5. DELIMITAÇÕES DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO: DA INSTABILIDADE À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	44
6. OS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	51
6.1. A judicialização da política como resultado da fragmentação parlamentar	51
6.2. O método de indicação dos ministros como conformador do padrão deliberativo da Corte.....	58
6.3. A instrumentalização do controle de constitucionalidade	61
6.4. A expansão dos efeitos das decisões do STF.....	65
CAPÍTULO III – O QUE IMPORTA NO DEBATE ENTRE O STF E O SISTEMA POLÍTICO	72
7. AFINAL, O QUE PAUTA A ATUAÇÃO DO STF?.....	72
8. A NECESSIDADE DA SUPERAÇÃO DOS PADRÕES DAS PESQUISAS JURÍDICAS SOBRE O STF.....	78

9. A QUEM INTERESSA O ENTRINCHEIRAMENTO DO DIREITO AO
NORMATIVISMO? UMA VISITA AOS *LUGARES COMUNS* NO DEBATE
JURÍDICO..... 82

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 93

REFERÊNCIAS 97

LISTA DE GRÁFICOS E TABELAS

Quadro I – Possibilidades de reação pelo Congresso Nacional às decisões do STF

Quadro II – Evolução das bancadas da Câmara dos Deputados

Quadro III – Evolução das bancadas do Senado Federal

Quadro IV – Linhas de pesquisa sobre as Supremas Cortes

Gráfico I – Correlação entre a fragmentação partidária e empoderamento judiciário entre 1945 a 2013

Gráfico II – Expansão constitucional dos três poderes

LEGENDA DE SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AP – Ação Penal

DEM – Partido Democratas

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

MDB – Movimento do Democrático Brasileiro

PDS – Partido Democrático Social

PDT – Partido Democrático Trabalhista

PFL – Partido da Frente Liberal

PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PP – Partido Progressista

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira

PSL – Partido Social Liberal

PSOL – Partido Socialismo e Liberdade

PT – Partido dos Trabalhadores

RJ – Rio de Janeiro

RS – Rio Grande do Sul

STF – Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

Em 29 de abril de 2016, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, conduzida pelo voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, afastou a prisão de dois denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática de crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha, ilícitos previstos nos artigos 126 e 288 do Código Penal, respectivamente. De acordo com o voto do ministro, para além da ausência de requisitos para justificar a prisão dos denunciados, “a criminalização (do aborto) é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada”.

Segundo o relatório produzido pelo magistrado, não constavam no pedido de Habeas Corpus impetrado alegações de inconstitucionalidade da tipificação do aborto como crime, mas tão apenas argumentos processuais que se insurgiam contra a medida cautelar gravosa, então estabelecida pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Neste habeas corpus, os impetrantes alegam que não estão presentes os requisitos necessários para a decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, sustentam que: (i) os pacientes são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa; (ii) a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e (iii) não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante. Daí o pedido de revogação da prisão preventiva, com expedição do alvará de soltura.

Este fato não impediu que, julgando o pedido para além das premissas apresentadas na ação, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedesse a ordem de Habeas Corpus, sob o fundamento de inconstitucionalidade da tipificação do crime de aborto por alegada afronta aos direitos fundamentais das impetrantes, com voto da maioria dos membros da Turma (Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Edson Fachin). O ministro relator, Marco Aurélio Mello, por sua vez, votou pela concessão da ordem, mas sob a alegação de ausência de risco para o deslinde processual, bem como o ministro Luiz Fux pela sua concessão apenas para a revogação da prisão preventiva.

Apesar de a concessão desse Habeas Corpus, sob a alegação de inconstitucionalidade, ter sido uma decisão de eficácia *inter partes*, isto é, não houve a descriminalização definitiva do crime de aborto, o caso se tornou uma decisão paradigmática, em razão de ter sido a primeira vez que Suprema Corte deliberou, ainda que em órgão fracionário, no sentido de questionar a

constitucionalidade desse tipo penal. Para além disso, a matéria se revestiu de uma série efeitos que ilustram o debate que se tratará neste trabalho.

Inicialmente, em reação a decisão proferida pelo STF, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia (DEM-RJ), criou uma Comissão Especial, cujo objetivo seria analisar a inclusão na Constituição Federal de uma regra expressa regulamentadora do aborto. Em suas palavras, “sempre que o Supremo legislar, nós (o Congresso Nacional) vamos deliberar sobre o assunto”¹. Outros parlamentares se manifestaram também individualmente, sob alegações que a decisão, ainda que num caso concreto, seria uma afronta ao devido processo legislativo.

No âmbito judicial, por conseguinte, em 08 de agosto de 2017, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), para declarar, com efeito *vinculante*, “a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana”, entre outros princípios. A ADPF, em contraste ao Habeas Corpus julgado pela 1ª Turma, não foi objeto de deliberação final.

Ao invés disso, pautado para julgamento no plenário virtual na data de 22 de setembro de 2023, a então ministra relatora, Rosa Weber, votou pela procedência da ação e a declaração, com eficácia vinculante, pela declaração de inconstitucionalidade da criminalização do aborto. Na mesma data, o ministro Luís Roberto Barroso pediu vista do processo que logo foi retirado de julgamento. Posteriormente, questionado em entrevista na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro declarou que não pautaria o julgamento da ADPF 442, uma vez que não poderia deliberar sobre uma matéria que “80% da sociedade pensa diferente e o Congresso expressa esse sentimento”².

Em uma postura distinta entre o momento dos julgamentos do HC 124.306/RJ e da ADPF 442, o modo de atuação do STF ilustra o debate que se seguirá. Se no primeiro caso, parte dos ministros da 1ª Turma avançaram no debate sobre a descriminalização do aborto e

¹ MAIA, Rodrigo. “**Depois de decisão do STF sobre aborto, Maia cria comissão para discutir tema**”. Brasília: Agência da Câmara de Notícias, 2016. Disponível: <<https://www.camara.leg.br/noticias/503814-depois-de-decisao-do-stf-sobre-aborto-maia-cria-comissao-para-discutir-tema/>>.

² BARROSO, Luís Roberto. “**Barroso diz que STF não julgará descriminalização do aborto**”. Brasília: Globo News. Entrevista concedida ao Conexão Globo News, 2024. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/02/21/barroso-diz-que-stf-nao-julgara-descriminalizacao-do-aborto-acao-sobre-drogas-pode-entrar-na-pauta.ghtml#1>>.

votaram por sua descriminalização num caso concreto, no segundo o plenário da Suprema Corte, salvo com relação ao voto da ministra relatora, manteve-se inerte acerca da ampliação da declaração de inconstitucionalidade. Mais que isso, mesmo ministros que naquele momento votaram favoravelmente ao tema, nestes demonstraram uma postura contrária ou não se manifestaram.

Para além de um exemplo de caráter anedótico, o caso citado demonstra um modo de atuação que pouco é observado pela literatura jurídica, isto é, como a dinâmica política interfere no processo deliberativo do Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade não está resumido a lógica binária constitucional/inconstitucional. Bastante restritos a debates teóricos em situações semelhantes, os juristas se resumiram a traçar essas discussões sobre o que denominam como a *judicialização da política* e o *ativismo judicial*. Não é difícil encontrar uma série de pesquisas, trabalhos ou entrevistas em que determinada deliberação do STF será apontada como “ativista”, uma postura indiferente a atividade legislativa ou, ao invés disso, uma atuação garantidora dos direitos fundamentais.

Nessas teorias, aspectos internos e posturas individuais assumem uma dimensão muito além do que recentes pesquisas empíricas, especialmente provenientes da Ciência Política, têm demonstrado que, de fato, influenciam o modo de atuação do Supremo Tribunal Federal. A dimensão política do *judicial review* é resumida a uma postura benéfica ou prejudicial, mas que decorre, essencialmente, de uma postura individual do Tribunal que deveria ser mais ou menos deferente a vontade dos órgãos políticos, em especial do Congresso Nacional. Parece-me, no entanto, que as pesquisas jurídicas falham quando demonstram esses padrões de análise, na medida em que reduzem cenários complexos a debates superficiais, que acabam por concepções idealizadas, sem confrontá-las com a realidade.

O controle de constitucionalidade, em sua capacidade de possibilitar a contestação das normas decorrentes de órgãos eleitos, expõe na sua própria essência uma vinculação sensível com a atividade política. Ao longo das últimas décadas, todavia, é observado como a análise deste tema entre os operadores do direito se deu, quase que exclusivamente, por critérios normativistas. A postura da Corte em suas deliberações, limites e críticas são reduzidas a aspectos intrínsecos da atividade judicial ou dos padrões que se espera alcançar através da regulamentação legislativa.

Devido a isso, perde-se um amplo espaço de análise do Supremo Tribunal Federal em que, sem ignorar a importância normativa, compare-se a teoria e a realidade. Entendo que um

maior aprofundamento empírico em seus padrões de atuação possibilitaria que os juristas, para além de prescrições doutrinárias, compreendesse como a Corte, de fato, interage com os órgãos políticos. Esta capacidade, longe de significar um afastamento do necessário debate normativo, significaria possibilitar que se analisasse e elaborasse alternativas para eventuais problemas identificados no órgão.

Estudos no âmbito das ciências sociais têm demonstrado que, diversamente ao elaborado pelas teorias normativas, é possível identificar uma série de fatores políticos que foram essenciais para que o Supremo Tribunal Federal, de um *player* coadjuvante na atividade política, torna-se um dos principais agentes na dinâmica institucional. A restrição jurídica a debates meramente normativos restringe as suas análises a debates de baixo rigor metodológico, incapazes de promoverem uma agenda de maior aprofundamento teórico.

Ao invés disso, os debates no âmbito do Direito, de forma recorrente, reduzem o controle de constitucionalidade a uma lógica binária, a partir da qual se alimenta um pensamento superficial que a invalidação de uma norma jurídica perante a Constituição depende, quase que exclusivamente, da sua confrontação perante a norma inconstitucional. Logo, sendo esta invalida é restringida à sua eficácia, do contrário se declara a sua plena validade. Este quadro, além de superficial, não corresponde à realidade e a ampla complexidade que cercam o modo de atuação do STF.

Meu objetivo é questionar essas premissas consolidadas no debate jurídico, de modo a criticar e demonstrar como é necessário que, distintamente ao que se têm desenvolvido, é imprescindível que o Direito supere as agendas teórico-normativas sobre o debate do *judicial review* e adentre em campos de maior empiria, onde se confronte as teorias doutrinárias com a prática jurisdicional do Suprema Corte.

A princípio, objetivo debater três questões no âmbito deste trabalho: (I) a noção que a atuação do Supremo Tribunal Federal pode ser resumida aos debates da judicialização da política e do ativismo judicial, nos termos desenvolvidos pela teoria jurídica, que discute esses temas por aspectos internos ao Tribunal; (II) a necessidade de aproximar o debate sobre o STF ao sistema político, isto é, do presidencialismo de coalizão, para que seja possível desenvolver um debate integrado entre esses temas; (III) demonstrar, à luz dos achados em pesquisas empíricas da ciência política, que há uma série de fatores já comprovados metodologicamente que influem no modo de atuação da Corte e são provenientes de fatores políticos, e não de quesitos normativos ou internos; (IV) destacar a necessidade de o Direito se ocupar dessas

agendas de pesquisa, de modo a observar o modo de atuação da Suprema Corte por meio de critérios empíricos, que possibilitem a confrontação entre as concepções doutrinárias e a realidade, com o objetivo de aprimorá-las.

A. Qual é o problema da pesquisa?

Meu objetivo principal é debater o processo de expansão do poder do Supremo Tribunal Federal, todavia, de forma distinta ao habitual na doutrina jurídica, busco romper com as premissas comuns que, usualmente, norteiam essas discussões. Entendo que, distintamente ao que se tem abordado, não é cabível a explicação do atual papel desempenhado pela Corte através de explicações de cunho estritamente normativista, que tem como consequência a redução desse debate a explicações unidirecionais, que o restringem a explicações endógenas ao próprio funcionamento do órgãos judiciais, como se todos os pressupostos de sua atuação derivassem exclusivamente de suas escolhas e atributos.

A partir dessas premissas, apresento uma crítica sobre *qual são os atributos que possibilitaram que o STF expandisse o seu poder*, apontando que teorias de cunho normativista não são capazes de isoladamente oferecer respostas adequadas para esse fenômeno. Para realizar esse debate, por meio de dados empíricos levantados pela ciência política, demonstro que há diversos pressupostos de ordem política que tem se mostrado como essenciais para a expansão da Corte. Ao final, apresento uma crítica a ausência de estudos empíricos no âmbito do Direito, que impedem que os juristas se ocupem dessa agenda e produzam estudos para analisar essa realidade.

Meu ponto de partida é que, distintamente o que tem sido defendido pelas pesquisas jurídicas nas últimas décadas, não é teoricamente razoável que o papel do Supremo Tribunal Federal na dinâmica de poderes seja restringido a uma análise dogmática, cujas explicações derivam de uma análise dos aspectos constitucionais e normativos que regem a sua atuação. Parece-me que, para além desses quesitos, há outros pressupostos provenientes da arena política que influenciam esse debate.

Isso não significa, no entanto, que haja uma total desconsideração dos fatores formais decorrentes da norma. Defendo, ao invés disso, que haja uma correlação entre os aspectos normativos e políticos que regem a atuação da Corte, na medida em que a legislação possui influência sobre a sua atuação, mas também é incapaz de enunciar por completo sobre o funcionamento de sua deliberação. Esta conjunção de fatores possibilitará um estudo mais integrado desse tema, possibilitando o seu maior entendimento, bem como ressaltará a

necessidade de mudanças no modo de estudo de alguns debates jurídicos, que tem resultado em lugares comuns que não explicam satisfatoriamente debates complexos, como o ora abordado.

Diante disso, este trabalho têm como premissa analisar quais são os pressupostos políticos que influenciam no funcionamento do Supremo Tribunal Federal, especialmente tendo por base o debate sobre o presidencialismo de coalizão, e, por consequência, apresentar uma crítica as teorias jurídicas que abordam o controle de constitucionalidade, de modo a ressaltar a sua incapacidade em explicar o atual papel desempenhado pela Corte apenas por pressupostos políticos.

B. Roteiro da dissertação

Esta dissertação se subdivide em três capítulos. No primeiro, apresento como nas últimas décadas o debate jurídico se propôs a analisar o crescente papel do Supremo Tribunal Federal no cenário político. Norteados pelas discussões sobre a *judicialização da política* e o *ativismo judicial*, defendo que, em que pese a existência de influência e importância das normas nesse debate, essas explicações foram incapazes de oferecer respostas satisfatórias a esse debate, na medida em que se resumiram a debates conceituais, que reduziram discussões complexas a disputas idealistas sobre qual deveria ser o papel desempenhado pelo STF, seja de contenção frente aos órgãos políticos ou de forma a buscar a concretização da vontade constitucional, independente aos agentes políticos eleitos. A partir disso, defendo a aproximação do debate jurídico ao debate sobre o sistema político, de forma a potencializar a capacidade de interpretação desse debate.

Por meio da aproximação das premissas jurídicas e políticas sobre essa discussão, apresento no segundo capítulo como os estudos desenvolvidos no âmbito das ciências sociais, em especial da ciência política, tem demonstrado que há diversos quesitos de ordem política que influenciam no modo sobre como o Supremo Tribunal Federal delibera. Para isso, sem pretender esgotar o debate, mas demonstrar a necessidade de sua expansão, aponto como: (I) há evidências que apontam que a fragmentação do sistema político brasileiro expande a capacidade decisória do STF; (II) o método de indicação ao Tribunal possibilitou a nomeação de ministros com maior aderência ideológica aos governos eleitos; (III) como há evidências do uso instrumentalizado dos mecanismos do controle de constitucionalidade, que demonstram que o debate da conformação da norma sob a Constituição é secundário; (IV) a importância das expansões das competências jurídicas da Corte para essa realidade.

Por fim, o último capítulo é dedicado a dois quesitos. Em primeiro lugar, a vista dos quesitos apresentados no capítulo anterior, defendo que a atuação do STF é pautada por critérios de legitimidade que não são passíveis de enunciação normativa, uma vez que variará conforme as circunstâncias jurídicas e políticas do momento de sua deliberação. Ao final, defendo que, apenas com uma mudança na agenda dos debates jurídicos, será possível que as pesquisas em Direito adentrem a complexidade desses debates. Por isso, aponto para a necessidade de que os juristas passem a desenvolver análises de maior rigor empírico, que permitam que se compare a teoria com a realidade.

CAPÍTULO I – AS TEORIAS JURÍDICAS SOBRE A ASCENSÃO DO STF: UM DEBATE (A SER) SUPERADO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 12 de dezembro de 1967, após três anos da instauração da ditadura militar, a Câmara dos Deputados foi desafiada pelo regime a cassar o mandato do deputado federal Márcio Moreira Alves (MDB), sob a alegação que proferiu ofensas “intoleráveis” contra às forças armadas. Instada a conceder licença para que o parlamentar fosse processado, o Legislativo se recusou a fazê-lo. No dia seguinte, foi outorgado o Ato Institucional nº 5 que autorizou o presidente da República, sem apreciação legislativa ou judicial, a cassar mandatos parlamentares. Ao assistir impassível a consolidação do golpe, o Supremo Tribunal Federal ratificou o realismo das palavras do então ministro da Corte, Nelson Hungria, constantes na epígrafe deste trabalho, que, noutro momento de instabilidade política, rememorou que a “espada (do STF) é um mero símbolo. É uma simples pintura decorativa. (...) Não pode ser oposta a uma rebelião armada”³.

O cenário descrito contrasta completamente do papel assumido pelo Tribunal em tempos atuais. Então um “outro desconhecido”⁴, nas palavras do seu ex-ministro, Aliomar Baleeiro, a Corte assumiu nos anos seguintes a promulgação da Constituição Federal de 1988 um protagonismo sem precedentes na história constitucional brasileira. Em contraste a presumível impassividade assistida durante o episódio mencionado no período ditatorial, a Suprema Corte, cada vez mais, passou de um personagem coadjuvante no processo político a um ator primordial, seja através de sua participação em decisões que tratam da separação de poderes ou ao debater a consagração de direitos não previstos na legislação, por meio da *interpretação conforme à Constituição*. Tamanha foi essa expansão que afirmações como “o direito é aquilo que o Tribunal diz que é”⁵, tornaram-se comuns em julgamentos nas Cortes Superiores.

Não obstante a essa mudança radical de conjectura, a literatura jurídica ainda parece não oferecer considerações satisfatórias sobre como explicar as mudanças experienciadas pelo

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 3.557/DF**. Impetrante: João Café Filho. Impetrados: Mesa da Câmara dos Deputados e Mesa do Senado Federal, Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. Rio de Janeiro, 22 de novembro de 1955.

⁴ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1968.

⁵ A declaração consta no voto do Ministro do STF, Luiz Fux, em sessão do Tribunal Superior Eleitoral. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 7.586/SC**. Relatora: Min. Luciana Lóssio. Brasília, 19/12/2016.

Supremo Tribunal Federal ao longo das últimas décadas. As explicações, via de regra, esbarram-se num reducionismo formalista que parece incapaz de adentrar as diversas nuances que se ramificam por esse debate. O processo de ascensão da Suprema Corte é resumido a aspectos como a concessão de novos mecanismos decisórios ao Tribunal e criticado por premissas meramente teóricas, tal como a alegação que a teoria da separação de poderes não legitimaria a inserção do STF no processo político-decisório ou que não é cabível que sejam prolatadas decisões que ultrapassem os graus de competência inerentes a função legiferante do Congresso Nacional.

Diante dessa ausência de estudos aprofundados no âmbito jurídico sobre a sua atual conjuntura de atuação, pouco tem se desenvolvido sobre o seu papel no cenário político. Relegou-se, com isso, à Ciência Política analisar esse tema, ao tempo em que o Direito seguiu encampando uma discussão unidirecional, atribuindo um peso preponderante aos quesitos formais. O que, além de oferecer uma explicação insuficiente, incorre num *lugar comum* em que a legitimidade do poder do Supremo Tribunal Federal seria autoexplicativa, ao invés de derivada igualmente de fatores externos, especialmente da arena política, incapazes de descrições em dispositivos normativos.

Entendo que esta forma de análise é um erro, em razão de sua baixa amplitude que devia abarcar tanto os pressupostos jurídicos, mas, além disso, os políticos para explicar o seu atual papel. Como destaca Ran Hirschl, “a realist approach to constitutionalization emphasizes human agency and specific political incentives as the major determinants of judicial empowerment”⁶. Reduzir esse importante debate a aspectos teórico-formalistas significa, portanto, oferecer uma explicação incapaz de demonstrar a ampla dinâmica existente na atuação do Tribunal.

O debate que se segue é uma tentativa de aproximação desses dois quesitos, destaco, no entanto, que não busco meramente rediscutir temas já visitados pelos cientistas políticos. Almejo, ao invés disso, propor uma aproximação entre a discussão realizada sobre a judicialização da política e o sistema político brasileiro, o denominado *presidencialismo de coalizão*, apontando como as premissas usualmente sustentadas pelos juristas são incabíveis para uma ampla compreensão desse fenômeno. Posteriormente, pretendo avançar nos momentos seguintes deste trabalho a uma crítica a necessidade de novas agendas jurídicas para

⁶ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. 1ª edição. Cambridge, Massachusetts e Londres: Harvard University Press. 2007.

a análise do Supremo Tribunal Federal, com enfoque em observações empíricas sobre o seu padrão de atuação.

2. ATIVISMO JUDICIAL E DOGMATISMO: A IMPORTÂNCIA DOS FATORES FORMAIS NA ATUAÇÃO DO STF

Ao longo das últimas duas décadas, uma série de trabalhos jurídicos buscaram explicar as razões pelas quais, anteriormente um ator sem grande preponderância, o Supremo Tribunal Federal passou a integrar o debate político no Brasil e, paulatinamente, influenciar o processo político-decisório. De um *outro desconhecido*, a Corte e os seus ministros passaram a estampar as capas de jornais, revistas e matérias televisivas, ao tempo em que o nome dos seus membros se tornaram de conhecimento público, até mesmo os seus alegados comportamentos mais “ativistas”, “legalistas”, “garantistas”, “punitivistas”, entre outros. A ascensão de sua capacidade decisória foi acompanhada proporcionalmente a sua exposição midiática, assim como de seus membros.

Na atualidade, acompanhar o processo político, invariavelmente, resulta em algum momento observar a inserção do STF no âmbito deliberativo, que cotidianamente é acionado pelos agentes políticos para questionar ou legitimar uma decisão. Não sem razão, esse quadro foi denominado por Oscar Vilhena Vieira como decorrente de uma “supremocracia”⁷, que é caracterizada pela expansão da autoridade da Suprema Corte e das suas competências decisórias, que passaram a ser objeto de observação desde as pesquisas realizadas no meio jurídico, a trabalhos realizados pela ciência política, sociologia, história, além dos constantes debates jornalísticos.

Apesar dessa profusão de debates, os trabalhos realizados pelos pesquisadores em direito demonstraram uma visão restritiva sobre esse quadro. Longe de se tratar de uma possível convergência de resultados que decorreria do exaurimento do objeto de pesquisa, o que se observou foi uma incessante tentativa (com grande repercussão acadêmica, frise-se) em descrever o processo de ascensão do STF o resumido a critérios formais e restritos ao âmbito jurisdicional. Todavia, como é destacado por Ran Hirschl, “a realist, strategic approach to judicial empowerment focuses on various power-holders’ self-interested incentives for deference to the judiciary”⁸. O que não tem sido verificado no caso brasileiro, onde

⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. São Paulo: Revista de Direito GV. 2008.

⁸ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. 1ª edição. Cambridge, Massachusetts e Londres: Harvard University Press. 2007, p. 38.

constantemente se observa um debate superficial sobre este tema de elevada complexidade teórica.

Com poucas exceções, a tentativa em descrever a crescente expansão da Suprema Corte foi reduzida a dois termos bastante recorrentes na última década: a *judicialização da política* e o *ativismo judicial*. Em que pese as variações conceituais entre alguns autores, ambos os termos se tornaram uma espécie de *lugar comum* neste debate e passaram a assumir feições mais críticas ou mais complacentes, a depender do referencial teórico e ideológico de cada um, inclusive com a popularização nos meios políticos e mesmo jornalísticos, que variam a simpatia pela postura do Tribunal conforme as decisões proferidas, e não em razão de um suposto ativismo ou autocontenção de seus magistrados.

Quase dispensáveis de conceituação na atualidade, a judicialização da política é descrita como a transferência de matérias políticas, que originalmente deveriam ser decididas no legislativo, ao âmbito judiciário. Por sua vez, o ativismo judicial se tornou um termo em constante disputa. Para parte juristas, naquilo que denominou Luciano Da Ros como uma visão *romântica*⁹, o ativismo decorre de uma expansão interpretativa da Constituição, como forma de concretizá-la, como consequência do “deslocamento da classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”¹⁰, ao passo em que a literatura mais crítica (*autocontenciosa*), descreve-o como resultado do rompimento inconstitucional das competências legislativas pelos órgãos jurisdicionais e defende uma maior limitação nas decisões judiciais¹¹.

Seja qual for o viés, essas definições se caracterizam por uma grande insuficiência conceitual e resultam do que apontei anteriormente como uma visão unidirecional e que restringem esses fenômenos ao âmbito judiciário, sem que se admita – ainda que superficialmente – que haja a influência de agentes externos. Com isso, ainda que haja um aparente conflito entre ideais, isola-se a questão no âmbito do próprio judiciário, como se todos os problemas (ou virtudes) fossem decorrentes de sua atuação e fosse possível corrigi-los apenas por uma mudança de postura interna dos tribunais.

⁹ DA ROS, Luciano. **Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo**. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro. 2007, p. 86-87.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Fortaleza. 2009, p. 14.

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2015, p. 119-120.

Ignora-se que “há muito de competição política, muito de buscas por espaços de poder e muito de cálculos estratégicos de como operar esse poder”¹² e que o Judiciário está inserido nesse mesmo âmbito, não sendo possível isolá-lo dos agentes e fatores políticos. Como descreve Ran Hirschl, “judicial power does not fall from the sky; it is politically constructed”¹³. Ao ignorar esses quesitos, restringindo-os a pressupostos idealizados de ordem normativa, impede-se não somente uma compreensão ampla do próprio Judiciário, como, igualmente, que se elaborem alternativas mais eficientes à dinâmica institucional estabelecida em conformidade aquilo que prescreve a legislação.

Isso não quer dizer que não haja importância nos atributos formais. Pelo contrário, o sistema jurídico de forma ampla, além de conceder poderes para a atuação judicial, é responsável por lhe emprestar legitimidade, na medida em que estabelece as competências dos órgãos jurisdicionais, os seus instrumentos e, especialmente, os atores legitimados em acessá-lo. Reduzidos esses pressupostos, igualmente se limitaria a sua capacidade decisória, conquanto se ampliariam as críticas a legitimidade de sua atuação, uma vez que se expandiriam as reações devido à ausência de autorização legislativa nesse sentido.

Como explica Daniel Brinks, no âmbito formal a legitimidade/autoridade da atuação judicial decorre da conjugação dos mecanismos decisórios e a garantia de efetividade de suas decisões. Sem esses quesitos, o órgão jurisdicional não teria condições de garantir os direitos previstos na legislação e, menos ainda, de intervir em disputas no âmbito político. Em seus termos, “if courts do not have power, they may not have the ability or willingness to intervene in disputes at all, and when they do intervene, they are likely to be ignored”¹⁴. Não há, portanto, razões para se desconsiderar esses pressupostos.

Pelo contrário, a expansão da legislação acerca do controle de constitucionalidade, que permitiu a inserção ampla do Judiciário sobre a atividade política, está diretamente correlacionada a expansão do estado democrático de direito e foi adotada em grande parte das democracias emergentes¹⁵. Como descreve Hirschl, houve a ocorrência de um movimento mundial de expansão do poder judicial, como no sul da Europa na década de 1970 e em 1980

¹² BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília. 2014, p. 91.

¹³ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. 1ª edição. Cambridge, Massachusetts e Londres: Harvard University Press. 2007, p. 38.

¹⁴ BRINKS, Daniel. *Faithful Servants of the Regime*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press. 2011, p. 129.

¹⁵ COUSO, Javier. *Consolidación Democrática y Poder Judicial: Los riesgos de la judicialización de la política*. Revista de Ciencia Política. 2004, p. 30.

nos países da América Latina¹⁶, primeiro através da constitucionalização de direitos e, em seguida, com o estabelecimento de tribunais autônomos legitimados com mecanismos para o controle judicial dos atos políticos¹⁷.

Em que pese o autor discordar, de modo similar a crítica apresentada, que apenas em razão desse fato (ou preponderantemente devido a ele) houve o crescimento da atividade judicial, pode-se afirmar que há um consenso quanto, ainda que em menor grau, os atributos formais são importantes para a consolidação da capacidade decisória judicial. A constitucionalização desses mecanismos demonstra, no mínimo, como houve o ímpeto legislativo em transferir graus de suas competências aos órgãos jurisdicionais e não podem ser desprezados numa análise que vise observar esse tema.

Em estudo que analisou o papel do Supremo Tribunal Federal na transição política brasileira, Diana Kapiszewski apontou como a atuação da Corte está diretamente relacionada fatores de ordem constitucional, especialmente como a Constituição Federal de 1988 distribuiu os poderes entre os órgãos deliberativos e, principalmente, quais são os mecanismos que permitem o acesso a Corte Suprema pelos diversos agentes políticos e sociais¹⁸. A partir desses fatores, explica-se como a estrutura constitucional brasileira facilitou a judicialização da política e o incessante papel do STF como um árbitro em conflito entre os poderes e agentes políticos.

Nesse sentido, além da conformação de mecanismos processuais que garantiram a incidência da Corte em matérias políticas, é objeto de destaque como a vagueza das normas constitucionais (cláusulas abertas), favoreceram o surgimento de contradições quanto ao significado das normas. Para a autora, esse contexto auxiliou o convite à judicialização da política no âmbito da distribuição de poderes, que passou a ser disputado pelos atores institucionais como forma de expansão de seus poderes, estabelecendo-se o judiciário como um árbitro.

¹⁶ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. 1ª edição. Cambridge, Massachusetts e Londres: Harvard University Press. 2007, p. 31-32.

¹⁷ Ainda, anteriormente a expansão da jurisdição constitucional na Europa e na América Latina, há décadas o movimento de inserção da Suprema Corte dos Estados Unidos em matérias políticas é observado pelos pesquisadores, a exemplo do trabalho realizado por Dahl. In: DAHL, Robert. **Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker**. Journal of Public Law, no 6, 1957, p. 279-295.

¹⁸ KAPISZEWSKI, Diana. **Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition**. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Courts in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press. 2011, p. 162.

Em que pese essa não ser uma constatação nova, é um ponto que é usualmente destacado em análises sobre a ascensão judiciária. Como destacou Mauro Cappelletti em sua clássica obra *Juízes Legisladores?*, a possibilidade de fundamentação de decisões judiciais com base em princípios abre um amplo espaço de escolha ao intérprete, ao contrário de “detalhadas prescrições legislativas” (regras)¹⁹. Nesse sentido, o magistrado da Suprema Corte ao interpretar uma norma constitucional aberta tem um reduzido grau de vinculação, que pode ser facilmente subvertido por argumentações substanciais.

Enquanto um sistema jurídico fundamentado em regras tende a reduzir o espaço decisório, em razão da sua precisão e previsibilidade, as cláusulas abertas o conduzem a um amplo grau de discricionariedade, que podem ser revalorados constantemente pelos intérpretes²⁰. Essa abertura discricionária cria um sistema onde a norma está mais vinculada ao seu intérprete que o inverso²¹. Não sem razão, o estabelecimento de normas que reduzam os espaços interpretativos se apresenta como um possível método de contraposição a transferência de matérias políticas ao judiciário²².

Essa estruturação conduz a percepção que, mesmo que de forma não preponderante, os quesitos formais que legitimam a atuação judicial possuem relevância no debate sobre a sua ascensão e devem ser considerados para uma análise mais rigorosa sobre a judicialização da política e o ativismo judicial do STF. Por essa razão, a discussão realizada neste trabalho visa interrelacionar esses fatores, sem restringi-los seja no âmbito judiciário ou legislativo, àqueles de natureza política. Como defenderei ao longo desta dissertação, apenas com a observação dos fatores de ordem política seria possível mudar os paradigmas de atuação do Judiciário, uma vez que, muitas vezes, críticas feitas no âmbito teórico possuem baixo grau de constrangimento e vinculação prática.

Além disso, a necessidade de considerar ambos possui, essencialmente, duas ordens de importância. A primeira está situada no próprio debate, como apontado, mesmo que de forma não primordial, os fatores formais possuem capacidade de influência na atuação judicial e devem ser considerados numa análise ampla; por outro lado, centra-se o foco acadêmico,

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999, p. 25.

²⁰ ATIYAH, P. S. SUMMERS, Robert S. *Form and Substance in Anglo-American Law*. Clarendon Press. Oxford, 1987, p. 25-27.

²¹ AZZARITI, Gaetano. *Interpretação e Teoria dos Valores: Retorno à Constituição*. São Paulo: Revista Brasileira de Direito Constitucional. 2005, p. 164; NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2013, p. 191-192.

²² SCHECAIRA, Fábio P. STRUCHINER. Noel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio. 2016, p. 92.

entendo que afastar os quesitos formais e se centrar apenas no campo político, pode ser uma das razões que justificam o motivo deste debate estar enclausurado no âmbito da ciência política, mesmo que se relacione de forma substancial ao direito. Em síntese, para uma observação ampla deste tema imprescindível que se correlacione o formalismo do direito aos fatores de ordem política, mensurando seus graus de influência, mas sem que isso acarrete em isolamentos.

Retomando as considerações de Diana Kapiszewski, essa estruturação normativa, bem como a criação e expansão de legitimação das ações judiciais no âmbito do controle de constitucionalidade, favoreceram o uso político do Poder Judiciário pela classe política. Como assevera, a configuração institucional da separação de poderes no Brasil não apenas possibilita, mas incentiva que os agentes políticos busquem no Judiciário uma resposta às suas demandas políticas, que muitas vezes podem oferecer respostas mais atrativas e céleres que os demais poderes onde as disputas decisórias serão mais pulverizadas²³.

Entendo que há fundamentos na afirmação da autora. A estruturação de um amplo sistema de controle de constitucionalidade, onde não existem, a priori, quaisquer custos políticos em sua provocação, favorece que grupos políticos, especialmente minoritários, acionem o Judiciário, uma vez que, minimamente, terão uma resposta benéfica ou pela manutenção do *status quo*, mas dificilmente ainda mais prejudicial aos seus interesses. Assim, “se o custo de desafiar a política nos tribunais é relativamente baixo, há pouca razão para que os oponente ao governo não façam uso dessa tática”²⁴, como destacam Matthew Taylor e Luciano Da Ros.

Com efeito, parece-me consensual que, em que pese a visão excessiva acerca dos pressupostos jurídicos para a judicialização da política que lhe considera como preponderante ou ignora quase que completamente a sua influência, há importância na estruturação institucional-normativa no que concerne os atributos concedidos ao Supremo Tribunal Federal para embasar a sua atuação. Defendo, no entanto, que esta observação não pode ser isolada sob qualquer dos campos de análise, isto é, do meio jurídico ou meramente da ciência política, ao

²³ KAPISZEWSKI, Diana. **Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition.** In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America.* Cambridge: Cambridge University Press. 2011, p. 155-156.

²⁴ 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. 2008, p. 828.

invés disso é necessário se encontrar um ponto de interseção entre os dois âmbitos de estudo, que favoreçam uma visão mais ampliada desse debate no meio jurídico.

A dinâmica da separação de poderes pressupõe, como afirmado anteriormente, que há uma constante busca pela ocupação dos espaços de poder. Distante de uma relação harmônica ou bem delimitada, os poderes disputam, testam e visam alcançar a legitimidade necessária para os seus atos e, especialmente, para lhes garantir efetividade. Nesse cenário, a atuação de quaisquer dos órgãos e atores institucionais não pode ser analisada de forma satisfatória sem que se observe também a sua interação com os demais, sob pena de uma análise superficial, o que não é diferente no caso do Supremo Tribunal Federal e sua interação com pressupostos de ordem política.

Como destaca Conrado Hübner Mendes, em sua tese crítica a noção amplamente propagada de existência dos *diálogos institucionais* e da *última palavra*, a Suprema Corte está envolvido numa constante busca para legitimar as suas decisões perante os demais atores e órgãos políticos e a sua atuação não está restrita a critérios formais definidos constitucionalmente²⁵:

A corte constitucional, nesse sentido, não está numa torre de marfim, mas no calor da política. Mesmo que métodos de interpretação não constriam juízes tanto quanto esperávamos, a política (formal e informal) o faz. Juízes farejam o grau de aceitabilidade de suas decisões e estão sujeitos a pressões difusas e específicas. A constituição, enquanto norma escrita, é um plano de vôo que regula pouco a separação de poderes. Esta não tem como escapar de fluxos e refluxos, de exercícios de tentativa e erro em que, por aproximações sucessivas, cada instituição demarca o seu terreno. Alcançam equilíbrios instáveis, sempre sujeitos a recalibrações. Isso não é tangível nem quantificável numa norma jurídica ou numa proposição da teoria normativa.

Com efeito, a sua estruturação formal é um importante fator para moldá-lo, todavia é incapaz de fornecer *isoladamente* uma explicação satisfatória sobre as razões que, de fato, balizam a sua inserção em matérias de ordem política. Nesse sentido, críticas teóricas sobre a legitimidade ou não dessa realidade atuam apenas como disputas vazias, na medida em que são incapazes de fornecer um entendimento amplo sobre a Suprema Corte e, especialmente, em fornecer premissas para se elaborar alternativas reais dentro da dinâmica da separação de poderes.

²⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008, p. 183.

Termos como *judicialização da política* e *ativismo judicial* podem ser importantes para situar o debate sobre os papéis dos poderes no âmbito deliberativo num primeiro momento, todavia as discussões sobre esses temas no meio jurídico tem sido realizadas de forma bastante superficial, reduzidas a ideia que é possível explicar a dinâmica do Supremo Tribunal Federal apenas por critérios normativos e estabelecer teoricamente o detentor de uma “última palavra” em relação ao Congresso Nacional. Quando muito, observa-se uma vaga tentativa – situada no âmbito teórico – de envolver os demais poderes nessa discussão através da alegada existência de um suposto diálogo institucional entre os poderes, o que não parece corresponder à realidade na dinâmica constitucional de ampla disputa entre os organismos estatais.

O que defendo, diante dessa superficialidade na abordagem do tema no âmbito do direito, é realizar um debate que, sem ignorar os aspectos dogmáticos, interrelacione esses fatores com o funcionamento do sistema político brasileiro, especialmente do Congresso Nacional, para observar como é possível explicar a dinâmica entre esses poderes de forma aprofundada. Para isso, defendo o rompimento com propostas de análise que resumem esses debates aos aspectos dogmáticos ou, igualmente, isola o debate no âmbito político desprezando a importância dos fatores formais, bem como crítico a ausência de maiores observações empíricas sobre conceitos costumeiramente abordados em estudos jurídicos.

Entendo que há nesse cenário dois aspectos que são relevantes para essa proposta, um de ordem *metodológica* e outro *pragmática*. Em relação ao aspecto metodológico, como explicado ao longo deste ponto, reduzir a atuação do Supremo Tribunal Federal aos pretensos limites impostos pela legislação é uma visão ingênua e, sobretudo, insuficiente para compreender o papel que a Corte tem desempenhado nas últimas décadas. Em razão disso, é fundamental que um debate aprofundado sobre esse tema não isole os aspectos jurídicos ou políticos dessa discussão e, especialmente, adentre em análises empíricas sobre o modo de atuação do STF.

Sobre o aspecto pragmático, observo que a concentração desse debate em campos de análises externos ao direito, como a ciência política e a sociologia, contribui para que essa discussão siga distanciada do meio jurídico e auxilie na perpetuação de falsas crenças autolegitimadas da atuação do STF. Por essa razão, defendo que o direito se ocupe das discussões sobre o funcionamento dos poderes, sem que isso signifique o distanciamento dos aspectos formais que estruturam o sistema jurídico brasileiro.

O debate que se inicia no ponto seguinte e será ampliado nos próximos capítulos é uma busca desse objetivo. A partir da crítica abordada sobre a incapacidade de os aspectos normativos isoladamente explicarem a atuação do Suprema Corte, inicia-se um debate sobre o sistema político brasileiro e como a estruturação desse sistema foi fundamental para que, em razão da fragmentação política, o Judiciário emergisse como órgão com capacidade interferir no processo deliberativo e ser um mecanismo de alcance de determinadas pautas pela classe política e pela sociedade em geral.

3. A INFLUÊNCIA POLÍTICA SOBRE A DELIBERAÇÃO JUDICIAL: A NECESSIDADE DE APROXIMAÇÃO TEÓRICA ENTRE O STF E O PRESIDENCIALISMO

Em sua obra *Partidos Políticos e STF: Decifrando a Simbiose Institucional*, Daniel Bogéa inicia a sua abordagem com uma importante crítica a literatura sobre o presidencialismo de coalizão – tema que será aprofundado no capítulo seguinte. Sustenta o autor que os estudos seminais sobre o tema, que remontam ao célebre artigo de Sergio Abranches sobre o sistema político brasileiro²⁶, enfocaram “sobre o processo de institucionalização do modelo para compreender se e como ele poderia ser funcional e sustentável ao longo do tempo”²⁷. Não obstante, as análises realizadas não deram a atenção devida sobre como esse sistema político influenciaria a atuação do poder judiciário.

Em suas palavras, os estudos sobre o que denomina como *presidencialismo multipartidário* “preocuparam-se em avaliar a redistribuição de poderes operada pelo texto constitucional, mas não tiveram a cautela de ultrapassar a relação Executivo-Legislativo para aferir as mudanças atinentes ao sistema de justiça”²⁸. Por essa razão, não houve um aprofundamento substancial sobre como os três poderes interagem entre si e, mais especificamente, como o modelo presidencialista adotado no Brasil influencia o processo decisório no âmbito da Suprema Corte.

No âmbito jurídico, é possível observar essa mesma deficiência teórica num plano similar. Ao longo das últimas décadas, impulsionado principalmente pela promulgação da Constituição Federal de 1988, desenvolveu-se uma série de trabalhos que abordaram o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no país. Observa-se, no entanto, que de

²⁶ ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão: O dilema institucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de Ciências Sociais, 1988.

²⁷ BOGÉA, Daniel. **Partidos Políticos e STF: Decifrando a simbiose institucional**. Curitiba: Appris Editora, 2021, p. 38.

²⁸ BOGÉA, 2021, p. 45.

modo semelhante às considerações acerca do presidencialismo de coalizão, essas pesquisas foram incapazes de romper com os parâmetros meramente dogmáticos do direito e, ainda que no campo teórico, considerar a sua interação com os organismos políticos, permanecendo em abordagens de cunho normativista.

A partir disso, não apenas se desenvolveram teorias autocentradas nesses esquemas, como também fomentaram concepções equivocadas, como descrito no ponto anterior, que a capacidade de atuação do Judiciário está concentrada *exclusivamente* nos parâmetros normativos que regulamentam a sua atuação. Desenvolveu-se ainda premissas idealizadas que sustentaram concepções acerca da existência de um poder *contramajoritário* e que possuiria a *última palavra* para garantir a soberania da vontade constitucional, independente de atuações em sentidos diversos pelos agentes políticos e que, até mesmo, possuiria uma maior capacidade para efetivar os desejos dos constituintes originários, na medida em que o processo político seria carregado de “vícios”.

Não sem razão, raramente se observa as discussões jurídicas romperem os espaços normativos e judiciais para adentrar nos campos das demais instituições, seja do ponto de vista teórico ou empírico, em que pesem que todas, em maior ou menor grau, sejam regulamentadas e influenciadas pelo âmbito jurídico. A partir disso, houve o desenvolvimento de teorias que se mostraram insuficientes para abordar a complexidade da atuação jurisdicional sobre a atividade política, especialmente através do controle de constitucionalidade das normas, de um lado enfocado em teses romantizadas e de outro explicações isoladas no campo normativo, demonstrando-se um largo déficit explicativo, especialmente em razão de uma maior abordagem empírica dos aspectos que envolvem o funcionamento e o processo deliberativo da Suprema Corte.

A exemplo disso, convencionou-se em parte dos estudos desenvolvidos sobre o tema no âmbito jurídico hipervalorar, através de teses exclusivistas, a relevância do denominado *neoconstitucionalismo* para a mudança dos paradigmas que cercam a atuação do Supremo Tribunal Federal. Fundado numa crítica ao positivismo jurídico, passou-se a sustentar concepções em defesa de uma prevalência judicial, uma vez o STF e os seus ministros seriam mais propensos a tomada de decisões em defesa da ordem constitucional, de forma mais concreta que o Parlamento e os seus agentes eleitos, em razão dos alegados vícios na atividade política tradicional.

Uma das vozes mais preponderantes sobre o tema no Brasil, observa-se nas premissas formuladas por Luís Roberto Barroso uma concepção sobre um processo político desvirtuado, cujas decisões, usualmente, não consagrariam os anseios populacionais e, sobretudo, a vontade constitucional. Assim, o papel do Judiciário seria potencializado, reduzindo a interpretação formalista e positivista do Direito, bem como legitimando e justificando as suas intervenções na atividade política:

(...) the world has realized that the existence of a strong and independent Judiciary is an important component in the preservation of democratic institutions and fundamental rights. *This is accompanied by a kind of disillusionment with majoritarian politics and the inability of parliaments to generate consensus on certain controversial issues.* The reference to New Constitutionalism is, ultimately, descriptive of this new reality, marked by the expansion of the role of the Constitution, the ascent of the Judiciary, and a less formalistic and positivistic legal interpretation²⁹.
(grifo meu)

Para além do elevado grau de idealização dessa concepção isoladamente, observa-se como a sua formulação está mais próxima a uma tentativa de autorreferência do sistema jurídico, de forma que as suas premissas estão amparadas em quesitos internos formais, como a estruturação judiciária e a conformação normativa. Quesitos políticos, em que pese mencionados, são referenciados meramente para evidenciar um suposto descrédito que concederia graus de representatividade aos Tribunais, sem quaisquer referências a dados empíricos.

Segundo Barroso, “*in many situations judges and courts have become more representative of aspirations and social demands than traditional political institutions*”³⁰. Não obstante, tais afirmações carecem de sustentação empírica e, na prática, parecem atuar exclusivamente como argumentos em prol da busca de uma ocupação no âmbito teórico de um Judiciário como centro das relações de poder ou, para utilizar termos recorrentes em tais teorias, a posição de detentor da *última palavra* sobre a interpretação constitucional em relação aos órgãos políticos.

Como afirmei anteriormente, este quadro conduz a teoria jurídica a um espaço superficial, onde todos os vícios e virtudes da interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal partem da sua exclusiva atuação, independente da influência dos órgãos políticos externos ao Judiciário. Daí decorre que, ao longo dos últimos anos, predominou no

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts.** In: BUSTAMANTE, Tomás. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Democratizing constitutional law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism.* Dordrecht: Springer Netherlands, 2016, p. 3.

³⁰ BARROSO, 2016, p. 8.

discurso jurídico uma *batalha* incessante entre teóricos defensores de um dito ativismo judicial³¹ e de outro da necessidade da autocontenção judicial³², como se toda a causa e efeito relativas deste cenário decorressem da atuação da Corte. Todavia, ambas as concepções são intrínsecas a atuação e ideologia dos magistrados, sendo muito pouco relevante a influência de fatores externos.

Surge, diante disso, a necessidade de aproximar as teorias jurídicas dos pressupostos políticos que se correlacionam a atuação judicial, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Entendo como pouco produtivo que os debates desses temas no âmbito do Direito permaneçam enclausurados em campos teóricos, amparados por concepções idealizadas, que não permitam discussões mais aprofundadas e observações empíricas sobre as influências políticas e o modo de atuação do STF.

Parece-me que a romantização do debate sobre o controle de constitucionalidade atua como um redutor das suas complexidades. Afirmar que o seu surgimento, desenvolvimento ou expansão decorre da “necessidade de retirar do espaço político certas opções (...) máxime quando representada por um Tribunal Constitucional que exerça com monopólio”³³ a interpretação constitucional, como se a arena judicial fosse dotada de uma moral transcendental, em vistas a defesa dos direitos fundamentais, é uma premissa que não encontra substrato empírico e, talvez, atenda mais a um enviesamento na busca da concentração de poder pelas Cortes, que uma busca objetiva para compreender seus papéis na dinâmica entre os poderes na atualidade.

Não obstante, não são poucos os trabalhos os quais se filiaram a esta premissa. Isso possivelmente decorre de um reflexo do afastamento do Direito de análises empíricas do seu âmbito de atuação. Como afirmado, durante um longo período, as teorias jurídicas se concentraram a oferecer respostas meramente dogmáticas para explicar os contornos da atuação

³¹ Em exemplo a esta defesa, Barroso descreve o ativismo judicial como um atendimento “a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento”. O aspecto negativo, segundo defende, trata-se que o ativismo pelos Tribunais demonstraria a fragilidade do Legislativo em promover alegadas reformas de interesse da nação. In: BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Fortaleza. 2009, p. 14.

³² Em crítica as teorias defendidas por Barroso, Elival Ramos descreve as premissas neoconstitucionalistas como um “modismo intelectual”, ao que afirma que “por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”. In: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2015, p. 294-324.

³³ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 66.

dos atores institucionais, em especial das Cortes Superiores, o que incidiu em concepções de baixo rigor metodológico e densidade empírica sobre os reais fatores que ensejam as suas atuações.

Felizmente, paulatinamente a academia tem se concentrado mais em analisar empiricamente premissas tidas verdadeiras, o que tem desconstruído determinadas visões anteriormente tidas como verdades quase absolutas. Trata-se, sem dúvidas, de um importante mecanismo para que, cada vez mais, seja possível compreender a realidade a que estamos imersos e, então, pensar-se as suas causas, consequências e eventuais alternativas para a dinâmica da separação de poderes vigente no sistema político brasileiro, como ressaltado ao longo do capítulo III deste trabalho.

A exemplo desse aprofundamento empírico, em pesquisa desenvolvida pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, denominada *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*³⁴, coordenada pelos professores Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo, demonstrou-se que o discurso da supremacia da defesa dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal não encontra amparo em sua atuação jurisdicional, como defendido alguns teóricos.

Essa concepção, como é observado ao largo da doutrina tradicional acerca do controle de constitucionalidade, é bastante evidenciada como um dos principais fatores legitimadores das incursões judiciais em temas de grandes controvérsias sociais pelo Supremo Tribunal Federal. Acompanhado a isso, sustenta-se ainda uma alegada vocação da Corte em proteger as *regras do jogo* democrático, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal, de “serem atropeladas” pela política ordinária³⁵.

A pesquisa, todavia, apontou que num universo de 4.913 ações ajuizadas na Corte no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o ano de 2012, apenas 11% das Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra

³⁴ COSTA, Alexandre Araújo. BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

³⁵ A exemplo disso, aponta Luís Roberto Barroso que “A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos”. In: BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Revista Direito & Práxis, 2018, p. 2198.

legislações federais foram julgadas procedentes com base na ofensa a direitos fundamentais. Apontou-se ainda que, mesmo no universo das ações procedentes, 60% do total foram decisões em prol de interesses corporativos.

Como destacaram os pesquisadores, os resultados obtidos demonstram o ceticismo quanto a recorrente alegação que “o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro venha a gerar resultados positivos em termos de uma ampliação da efetividade dos direitos fundamentais”³⁶. Destaco que menos ainda seria possível apontar o controle de constitucionalidade, ao menos na experiência brasileira, como um propulsor dos direitos fundamentais sob um alegado legislativo *alheio* à vontade constitucional.

Essa tentativa incessante em afirmar a hegemonia judicial sobre os demais poderes se aproxima do que Ran Hirschl destacou como uma tentativa das Cortes Superiores em elevar o seu poder e influência política³⁷. A preponderância de discursos acerca da hegemonia da jurisdição constitucional foi tamanha que, como apontado anteriormente, resultou por um longo período em debates superficiais acerca da (i)legitimidade do alegado ativismo judicial do STF e isolou o debate sobre o *judicial review* em teorias vazias, carecidas de sustentação fática para legitimar as suas premissas.

Ao mesmo tempo, essas discussões foram incapazes de constatar que a dinâmica da separação de poderes é tão mais ampla quanto a discutida em debates sobre a judicialização da política, que é ignorado como não apenas a legitimidade deliberativa transita entre o Legislativo e o Judiciário, mas também entre órgãos administrativos, a exemplo do Banco Central, Tribunais de Contas, entre outros, a depender da matéria. Nesse sentido, sustenta John Ferejohn que não há propriamente um órgão hegemônico para tomada de decisão, uma vez que a legitimidade decisória será relativa para cada tema objeto de deliberação³⁸.

³⁶ COSTA, Alexandre Araújo. BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014, p. 80.

³⁷ “(...) judicial empowerment through constitutionalization is best understood as the by-product of a strategic interplay between three key groups: threatened political elites who seek to preserve or enhance their political hegemony by insulating policy-making processes from the vicissitudes of democratic politics; economic elites who may view the constitutionalization of certain economic liberties as a means of promoting a neoliberal agenda of open markets, economic deregulation, antistatism, and anticollectivism; and judicial elites and national high courts that seek to enhance their political influence and international reputation” In: HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. 1ª edição. Cambridge, Massachusetts e Londres: Harvard University Press. 2007, p. 43.

³⁸ “There are good reasons why some kinds of legislation should be debated and formulated in a legislature, while others should be made in courtrooms or administrative agencies. This is so because different types of substantive legislation seem to require different kinds of reasons or justifications. The best argument for certain policies might be more or less majoritarian: If the people (or their representatives) choose to build a larger or smaller system of

Não busco afirmar que isso aponte para prescindibilidade da Suprema Corte ou sequer ignore o relevante papel que desempenha perante a separação de poderes, bem como em defesa da Constituição. O que busco afirmar é que a importância do papel que o Tribunal desempenha está muito além de afirmações teóricas que buscam afirmar a sua preponderância ou mesmo deslegitimá-lo enquanto ator político. Para isso, defendo uma análise mais ampla da sua atuação e que tenha por base os mais diversos elementos de influência em seu processo deliberativo, inclusive o sistema político adotado pelo Brasil e a atuação do Congresso Nacional, que devem ser abordadas empiricamente, não apenas por teorias de reduzido rigor metodológico que não confrontam a realidade e prática.

Essa análise deve ser baseada fundamentalmente através da concepção que o Judiciário não está alheio às dinâmicas políticas e, concomitantemente, não está compreendido num espaço distante dos demais atores institucionais ou sequer é dotado de uma moral transcendental à esfera política. Deve, ao invés disso, estar situado como um produto e resultado do sistema sob o qual opera e que, portanto, influencia e é, igualmente, influenciado, sem que com isso deixe de se considerar a importância das normas jurídicas como objeto de sua atuação.

Entendo como prejudicial que as análises jurídicas sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal sigam isoladas em aspectos dogmáticos, em que pese, em grande escala, diversas concepções tidas como verdadeiras dentro do plano normativo tenham se mostradas, cada vez mais, como desprovidas de sustentação empírica. O Judiciário, assim como os demais poderes, está inserido num sistema político e, portanto, tem a sua atuação por este balizado, sendo incabível sua compreensão como resultado meramente do plano normativo, distanciada da lógica institucional da separação de poderes.

4. JUDICIÁRIO E SEPARAÇÃO DE PODERES: A IMPORTÂNCIA DE APROXIMAR O SISTEMA POLÍTICO PARA UMA REAL COMPREENSÃO DA ATUAÇÃO DO STF

A conformação das teorias jurídicas que se propuseram a analisar as competências e legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal sob a égide da Constituição Federal de 1988 demonstraram, durante um longo período, uma preponderante fixação aos aspectos dogmáticos que influenciariam o seu processo deliberativo. Buscava-se, para isso, extrair da

national parks, then that decision is, properly, up to them. Other kinds of policies might require appeals to economic, technical, or moral principles. Legislatures often delegate a great deal of authority to insulated central banks and intelligence services, and they also endow myriad other agencies with lawmaking authority in order to ensure that policy is both responsive to technical reason and resistant to political incentives to intervene". In: FERREJOHN, John. **Judicializing Politics, Politicizing Law**. Duke University School of Law, 2002, p. 45.

exegese dos dispositivos normativos os fatores de atuação da Corte, bem como os seus limites decisórios.

O controle de constitucionalidade das normas era explicado exclusivamente através de disposições normativas-constitucionais, bem como nas legislações ordinárias correlatas. De forma recorrente, no entanto, estas explicações padeciam de um maior embasamento teórico, na medida em que estavam restritas aos aspectos técnico-procedimentais da tomada de decisão da Corte que, na prática, em muitos momentos, eram subvertidos por quesitos políticos incapazes de estarem prescritos na legislação.

Decorreu disso a tentativa de se encontrar explicações e realizar críticas à atuação da Suprema Corte por meio de conceitos como a *judicialização da política* e o *ativismo judicial*. Como afirmado anteriormente, em que pese essas discussões apontarem para uma possível aproximação da dinâmica política sobre o judiciário, na verdade, errava em sua superficialidade, uma vez que reduzia a atuação da Corte a aspectos alegadamente ideológicos, que variavam conforme uma conduta mais *ativista* ou *autoconteciosa* dos seus ministros, ausentes abordagens de caráter empírico.

Essas teorias, infelizmente, encontraram um largo apoio de pesquisadores no âmbito do direito que passaram a uma intensa disputa sobre se a Corte deveria se pautar por um positivismo legalista ou, ao invés disso, deveria se firmar como um Tribunal *iluminista* que busca uma suposta expansão de direitos, cuja classe política é incapaz de referendar. Com isso, muito pouco se discutiu efetivamente como a separação de poderes e a atuação judicial é influenciada pela dinâmica política, o que entendo ser imprescindível para uma verdadeira compreensão do atual papel do STF.

Parece-me, ao invés disso, que as teorias jurídicas do *judicial review* foram isoladas em campos estritamente procedimentais da prática judiciária. Esse procedimentalismo, no entanto, é incapaz de isoladamente trazer à luz como a dinâmica política interfere no processo deliberativo da Corte, ao passo em que não concebe (e, talvez, até mesmo afaste) as características que derivam de um presidencialismo multipartidário e fragmentado como o caso brasileiro, onde os espaços de poder estão em constante disputa e os organismos institucionais estão incessantemente testando a sua legitimidade decisória, gerando expansões e retrações de poder circunstanciais a variar conforme o contexto político do momento – retomarei este ponto no capítulo seguinte.

Uma real compreensão do papel que exerce o Supremo Tribunal Federal na atualidade deve ter por base que a independência e harmonia dos poderes, preconizada pelo artigo 2º da Constituição Federal, não é resumida nas disposições normativas que preveem a competência de cada poder, mas estão em usualmente variando conforme a sua legitimação perante a sociedade e, principalmente, perante os demais órgãos institucionais. “A separação de poderes é um fenômeno dinâmico, e uma norma jurídica abstrata não tem como descrever ou capturar essa constante redistribuição de fronteiras”, como aponta Conrado Mendes³⁹.

Essa concepção, formulada pelo autor e que me filio, indica que há um processo informal – e incapaz de normatização – que rege a acomodação das dinâmicas políticas, onde estão situadas as disputas pelos espaços de poder, sob o qual a separação de poderes opera. As normas jurídicas são, portanto, um quadro descritivo, que não disciplina por inteiro a atuação dos organismos institucionais ou opera alheio as disputas entre os poderes pelo processo deliberativo:

A constituição, enquanto norma escrita, é um plano de vôo que regula pouco a separação de poderes. Esta não tem como escapar de fluxos e refluxos, de exercícios de tentativa e erro em que, por aproximações sucessivas, cada instituição demarca o seu terreno. Alcançam equilíbrios instáveis, sempre sujeitos a recalibrações. Isso não é tangível nem quantificável numa norma jurídica ou numa proposição da teoria normativa. Não é possível prever constitucionalmente o momento em que uma, e não outra, gozará de maior legitimidade para tomar as grandes decisões⁴⁰.

Suponho que se assim o fosse, crises políticas decorrentes principalmente de atuações consideradas mais *ativistas* pelo STF não seriam tão recorrentes quanto a dinâmica política brasileira demonstra, uma vez que bastaria se analisar se a decisão da Corte seria legítima ou não conforme a prescrição legislativa correlata, para afastar quaisquer críticas a sua deliberação. A legislação, entretanto, não possui tamanho grau de capacidade de limitação da atividade institucional, em que pese não se discordar da sua influência sobre o funcionamento dos poderes, especialmente no âmbito do Judiciário.

Ao invés disso, a experiência demonstra que, não apenas no Brasil, uma atuação sistemática de Cortes Constitucionais contrárias aos interesses das elites pode resultar na aprovação de legislações para superação da decisão (o denominado efeito *backlash*)⁴¹ ou

³⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008, p. 182.

⁴⁰ MENDES, 2008, p. 185.

⁴¹ Como aponta Sérgio Victor, houve na experiência brasileira diversas oportunidades em que o Congresso Nacional, em reação às decisões do Supremo Tribunal Federal, superou-as através da aprovação de emendas constitucionais em contraposição aos entendimentos firmados, como: na possibilidade de aplicação do IPTU progressivo em face ao valor venal do imóvel por meio da EC 29/2000, a possibilidade de criação de municípios

mesmo acarretar crises constitucionais que, muitas vezes, levam ao questionamento sobre os riscos democráticos de sua superação⁴². Os Tribunais, portanto, não estão sujeitos apenas às limitações normativas, mas inclusos numa lógica de constante interação entre os demais poderes, cuja extrapolação poderia resultar na tomada de ações para o enquadramento e redução dos poderes da Corte pela classe política.

Em razão disso, parece-me pouco profícuo que importe, tal qual consideração dada pelas pesquisas jurídicas ao longo da última década, debater a separação de poderes no Brasil sem considerar o sistema político ao qual estamos colocados. O Supremo Tribunal Federal não funciona alheio ao presidencialismo de coalizão e, assim como os demais poderes, busca legitimidade em seu processo decisório, sem que isso o resuma a um processo de adjudicação que tão apenas analisa a constitucionalidade de uma norma em abstrato.

De outro modo – para afirmar em termos mais claros – a deliberação judicial da Suprema Corte não seria, em especial em temas de grande controvérsia social, como em debates sobre a descriminalização das drogas, legalização do aborto, restrição de prerrogativas parlamentares, para citar alguns poucos casos, tão complexa e passível de constantes interrupções em seus julgamentos tal qual constantemente observado. Para tanto, bastaria que os ministros proferissem os seus votos favoráveis ou contrários e assim as matérias fossem decididas. Ao invés disso, o cálculo é potencialmente mais complexo e, muitas vezes, envolve a análise de riscos de reversão da decisão pelo Parlamento ou mesmo de reações mais enfáticas da classe política.

Como aponta Daniel Bogéa, os demais poderes, especialmente o Congresso Nacional, possuem diversas formas de potencial interação/reação às deliberações do Supremo Tribunal Federal, que podem variar conforme o grau da mensagem que a classe política deseja transmitir a Corte. Para melhor visualização, é oportuna a descrição em forma de tabela como realizada pelo autor⁴³:

sem a edição de lei complementar anterior na EC 57/2008, a fixação de um número pré-estabelecido de vereadores por habitantes na EC 58/2009, ao reconhecer a vaquejada como patrimônio cultural pela EC 96/2017, entre outros. In: VICTOR, Sérgio Antônio. **Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 173-177.

⁴² FERREJOHN, John. **Judicializing Politics, Politicizing Law**. Duke University School of Law, 2002, p. 45.

⁴³ BOGÉA, Daniel. **Partidos Políticos e STF: Decifrando a simbiose institucional**. Curitiba: Appris Editora, 2021, p. 97.

Quadro I – Possibilidades de reação pelo Congresso Nacional às decisões do STF

1º grau	<ul style="list-style-type: none"> • Comentários críticos em relação à Corte; • Apresentação de PECs para a superação das decisões da Corte (<i>overruling</i>); • Processo de sabatina dos ministros da Corte; • Legislações sobre o judiciário; • Regulações genéricas sobre a jurisdição da Corte.
2º grau	<ul style="list-style-type: none"> • Ameaças de remoção de impeachment de ministros; • Ameaça de mudanças no número de ministros e de cortes orçamentários; • Propostas mais amplas sobre a mudança das competências do STF.
3º grau	<ul style="list-style-type: none"> • Cumprir as ameaças descritas no 2º grau; • Impeachment; • Fechamento da Corte; • Aumento efetivo do número de ministros; • Cortes orçamentários; • Descumprimento de decisões judiciais; • Imposição de restrições ao controle de constitucionalidade.

Independente do constrangimento que essas formas de interação possam acarretar no plano prático, dado que em nossa história constitucional pós-1988 não houve a adoção de medidas idênticas ou similares àquelas descritas no 3º grau por Bogéa, o esquema elaborado é interessante para demonstrar de forma taxativa como a atuação do STF não está restrita às normas que regem a sua deliberação. Pelo contrário, a classe política possui a sua disposição diversos mecanismos para, seja no plano formal ou informal, garantir que a Corte não ultrapasse os limites daquilo que os grupos políticos majoritários considerem como adequado e os riscos decisórios serão pontos fundamentais na deliberação judicial.

Por essa razão, afirma Hirschl que a tomada de decisão por uma Corte Constitucional está sujeita a conformação de sua deliberação aos interesses das elites políticas⁴⁴. É imprescindível que, ao menos, parcela substancial dos agentes eleitos vejam aspectos positivos naquela decisão ou, ainda que assim não o seja, que esta não possua capacidade de articulação para superá-la. Caso contrário, o Tribunal estará sujeito as reações descritas na tabela anterior,

⁴⁴ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. 1ª edição. Cambridge, Massachusetts e Londres: Harvard University Press. 2007, p. 38.

a variar conforme as circunstâncias concretas, sendo pouco relevante em tais situações alegações que a Constituição lhe reserva a interpretação precípua de suas normas.

Demonstra-se, com isso, que está sujeito a falhas pela superficialidade das análises jurídicas que buscam situar o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal num debate raso sobre a separação de poderes, especialmente quando os únicos parâmetros para a localização do objeto é situá-lo num plano ideológico, onde num ponto estão os ministros *ativistas* e de outros os *autoconteciosos/legalistas*. Pode-se afirmar que a tomada de decisão da Corte está situada muito mais num plano de cálculos políticos, que adjudicatório onde o ponto fulcral seria a mera constitucionalidade ou não da norma em abstrato.

Para uma análise real sobre o atual papel da Corte, é imprescindível que seja abandonado o *romanticismo* presente nas análises que circundaram o seu papel nas análises jurídicas e, então, coloque-se o STF no real local que habita, isto é, uma zona de interseção entre um Tribunal a quem compete aplicar o direito, mas, igualmente, sujeito as dinâmicas presentes na atividade política. Trata-se, como afirmou Bogéa, de reconhecer que há uma relação *simbiótica*⁴⁵ entre o órgão e a classe política, que influi constantemente em seus cálculos políticos para deliberação, sem que, ressalta-se, isso signifique o desprezo completo pelos aspectos dogmáticos que regem a sua atuação.

Nessa linha, a ciência política tem demonstrado até este momento possuir maior capacidade para explicar as competências assumidas pelo Supremo Tribunal Federal, ao contrário das teorias desenvolvidas no âmbito jurídico. Isso decorre que, distante de visões enviesadas sobre o direito e o papel do Tribunal, os cientistas políticos observaram na dinâmica institucional como o denominado sistema de *checks and balances* não está conformado meramente em normas escritas, onde seria possível ignorar os papéis dos diversos órgãos e as disputas travadas entre si e, além disso, enfocaram em análises empíricas sobre a Corte e não apenas teóricas.

As características institucionais e, principalmente, a sua estabilidade num sistema presidencialista multipartidário se demonstram nesse modelo de análise como as principais premissas para se compreender como opera a relação de poderes, inclusive em relação ao Judiciário. Abandona-se, com isso, debates vazios sobre a “concretização” da vontade constitucional ou argumentos meramente retóricos sobre a ultrapassagem das linhas

⁴⁵ Cf. BOGÉA, Daniel. **Partidos Políticos e STF: Decifrando a simbiose institucional**. Curitiba: Appris Editora, 2021

demarcatórias das competências legislativas, de modo a se concluir que a separação de poderes é mais complexa que aquela imaginada no âmbito jurídico.

A par disso, proponho no capítulo seguinte uma incursão sobre o sistema político brasileiro, o denominado presidencialismo de coalizão, desde as suas características históricas às atuais, além de vícios e virtudes observados pelos pesquisadores no âmbito da ciência política. Almejo, a partir disso, demonstrar como este sistema influencia a atuação do Judiciário, de modo a se romper com falsas convicções que há muito têm permeado o direito, em relação a compreensão sobre o papel do STF.

Distante de almejar o esgotamento da matéria ou meramente revisitar temas que já foram mais bem explorados pela ciência política, pretendo demonstrar como uma análise jurídica realista não pode ignorar a importância do sistema político para a compreensão da Corte, sob o risco de perenizar conceitos já superados, mas ainda em voga no meio jurídico. A partir disso, foco na análise de dados empíricos já observados sobre o STF para, em seguida, realizar uma crítica ao elevado grau de abstração das teorias jurídicas.

CAPÍTULO II – A CORRELAÇÃO ENTRE O STF E O SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO

5. DELIMITAÇÕES DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO: DA INSTABILIDADE À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O distanciamento *teórico* entre o direito e a compreensão política do funcionamento dos poderes poderia ser sintetizado pelo debate sobre o *presidencialismo de coalizão*. Em que pese a profusão de estudos para compreender o sistema político brasileiro, verifica-se que em grande parte esses trabalhos decorreram das análises realizadas pela ciência política e, ainda que em menor grau, pela sociologia e a história, tendo pouca contribuição dos juristas para esse importante tema, que permaneceu, com poucas exceções, inerte a observações empíricas dessa realidade.

Os estudos no âmbito do direito, ao invés disso, isolaram-se em perspectivas puramente normativas, sob as quais se buscou criar uma falsa compreensão que o funcionamento do sistema jurídico é (ou deveria ser) influenciado apenas pelas normas, decorrentes de um órgão deliberativo legitimado para promulgá-las. Acontece que, contrariamente a essa visão idealizada, a própria legislação propicia a influência dos agentes políticos no âmbito deliberativo judicial, não obstante, os estudos sobre o sistema judiciário seguiram concentrados em debates obsoletos sobre a legitimidade ou não de determinadas decisões, como se tais críticas tivessem a real capacidade de constranger – ainda que minimamente – o Judiciário numa tentativa de autocontenção.

Essa forma de abordagem influenciou estudos anteriores – enfocados na análise sobre o ativismo judicial – a noção autoconcentrada e autolegitimada que a atuação do Supremo Tribunal Federal estaria restrita aos critérios normativos que regem o seu funcionamento e a compreensão ideológica de cada ministro sobre como interpretar a Constituição Federal. Não sem razão, termos como *ativista*, *autocontencioso*, *conservador*, *liberal*, entre outros, tornaram-se comuns nesta discussão. Todavia, o debate sobre o sistema político parece ter muito mais a contribuir, para além de meras discussões obsoletas que isolam o STF numa torre de marfim, alheio a dinâmica da política, especialmente quando possui como premissa observá-lo para além dos debates teóricos.

Ao estruturar o sistema político brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um regime político fundado num presidencialismo multipartidário, em que o Legislativo, com

exceção do Senado Federal, seria eleito pelo voto proporcional em lista aberta⁴⁶. Ao analisar esse quadro, Sergio Abranches cunhou o termo “presidencialismo de coalizão”⁴⁷, que passou a ser amplamente utilizado para se referir ao sistema político brasileiro. A sua análise, desenvolvida ainda nos momentos anteriores a Assembleia Constituinte de 1987-1988, teve por base uma crítica que agregou a gênese normativa do novo sistema aliado as bases sociais da realidade brasileira.

Todavia, a observação feita por Abranches, bem como expandida por outras pesquisas no âmbito da ciência política, não se debruçou num primeiro momento sobre o Judiciário em meio ao presidencialismo de coalizão. Como observa Daniel Bogéa, ao invés de ser desenvolvida uma análise integrada sobre os poderes, as pesquisas se concentraram nos papéis do Executivo e Legislativo, onde houve um amplo desenvolvimento de análises empíricas, ao passo em que o Judiciário foi ignorado, “perdendo-se a oportunidade de uma verdadeira integração dos avanços já propiciados pelos estudos judiciais aos estudos legislativos”⁴⁸.

Sob esse viés, a compreensão sobre o sistema político brasileiro foi pautada inicialmente por um pessimismo decorrente da sua estruturação, além do modo como se desenvolveria as relações entre Executivo-Legislativo. A ideia fundamental era que a recente democracia brasileira, através dos ditames constitucionais previstos na Constituição Federal de 1988, apontaria para elevados graus de ausência de coesão institucional. Parcialmente, essas visões que se demonstraram como inverídicas, foram importantes por ressaltar a importância de aprofundar a análise da experiência do presidencialismo brasileiro.

Como explica Timothy Power, a literatura tradicional desenvolvida pelos cientistas políticos que analisaram a realidade nacional durante o período de transição, indicava que a conjunção de um sistema partidário fragmentado, aliado a partidos políticos com baixa coesão interna, federalismo abrangente, entre outras características, resultaria num sistema com reduzida racionalidade entre os seus atores institucionais⁴⁹. Esse quadro, além da previsível

⁴⁶ Constituição Federal de 1988 – “Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. (...)”

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário”.

⁴⁷ ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão: O dilema institucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de Ciências Sociais, 1988.

⁴⁸ BOGÉA, Daniel. **Partidos Políticos e STF: Decifrando a simbiose institucional**. Curitiba: Appris Editora, 2021, p. 49-50.

⁴⁹ POWER, Timothy. **Optimism, Pessimism, and Coalitional Presidentialism: Debating the Institutional Design of Brazilian Democracy**. Oxford: Society for Latin American Studies, 2009, p. 19.

ingovernabilidade, resultaria em crises constantes que colocaria em xeque a própria democracia.

A observação feita pelos estudiosos naquele momento era que não apenas o sistema político seria deficitário e carregado de incongruências, mas que o próprio modelo institucional adotado impulsionaria uma conduta individualista por parte dos atores eleitos, inclusive devido aos elevados custos dos processos eleitorais, o que enfraqueceria os partidos e o funcionamento do sistema. Como destacou Power, “elections are largely an individual affair, and politicians often believe that their mandate belongs to themselves rather than to their parties”⁵⁰.

Ainda num momento inicial, os estudos desenvolvidos sobre o tema não se aprofundaram nas diversas nuances que se desenhava no complexo cenário político brasileiro. Pelo contrário, o enfoque das perspectivas apontava para um quadro de amplo pessimismo, ainda que baseado em concepções teóricas do que seria o denominado presidencialismo de coalizão. Sob esse cenário, raras foram as análises que se propuseram a avançar nos diversos possíveis recortes advindos desta nova realidade, inexistindo abordagens amplas sobre o papel do Judiciário na arena política. Noutras palavras, o papel do STF seguia sendo o de ainda *outro desconhecido*.

Paulatinamente, a leitura sobre o sistema político brasileiro rompeu as barreiras do pessimismo. A noção de um sistema fragmentado que criava *patrões* (chefes do executivo) e *clientes* (legisladores), passou por um contexto de *revisionismo*, especialmente a partir da experiência exitosa do mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) – o primeiro após a redemocratização eleito pelo voto direto a concluir o mandato após Juscelino Kubistchek (1956-1961), ainda anteriormente ao período ditatorial. A presumível ingovernabilidade apontada pelos estudiosos deu margens a análise de novos instrumentos que possibilitaram a atuação dos eleitos⁵¹.

O diagnóstico nesse novo método de abordagem foi que, em que pesem os possíveis vícios existentes no presidencialismo brasileiro, o sistema ofereceu instrumentos para contornar essa realidade, a exemplo das competências legislativas do Presidente da República e do poder atribuído as Mesas Diretoras do Congresso Nacional, bem como do Colégio de Líderes. Esta interpretação do sistema político indicou que, em oposição as previsões pessimistas anteriores,

⁵⁰ POWER, Timothy. **Optimism, Pessimism, and Coalitional Presidentialism: Debating the Institutional Design of Brazilian Democracy**. Oxford: Society for Latin American Studies, 2009, p. 20.

⁵¹ POWER, 2009, p. 20-21.

a governabilidade seria uma realidade possível, inclusive para governos com bases parlamentares reduzidas⁵².

Este quadro apontado por Power presente na literatura *revisionista* encontrou bases empíricas que demonstraram que, de fato, os governos brasileiros têm logrado êxito em contornar a fragmentação partidária e obter sucesso em sua agenda legislativa. Em dados que compreendem o momento da transição em 1988 a 2006 (do governo José Sarney ao primeiro governo Luiz Inácio Lula da Silva), verificou que o sucesso (taxa de aprovação de projetos do Executivo no Congresso Nacional) e dominância (número de projetos de iniciativa do Presidente votados pela razão total) média foi de, respectivamente, 70,7% e 85,6%⁵³.

Percebeu-se, a partir disso, que o presidencialismo brasileiro, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, seria funcional, apesar da hiperfragmentação e da fragilidade do modelo institucional estabelecido. Essa verificação contrasta a visão pessimista citada, apontada ainda por Abranches, para quem a heterogeneidade social do país junto a um sistema que incentivaria o multipartidarismo conduziria a um sistema instável⁵⁴. A realidade, à luz das novas abordagens sobre o sistema político apontam que os poderes possuem meios para alcançar a noção de *checks and balances* – ainda que não da forma idealizada a que usualmente referida pelas teorias normativistas.

Em uma releitura a sua interpretação do presidencialismo de coalizão, o próprio Abranches admitiu a existência de mecanismos para superação das fragilidades institucionais. Em sua concepção anterior, ainda nos momentos iniciais da transição democrática, o país apresentava um dilema diante a ausência de mecanismos constitucionais que possibilitassem a superação de crises, a serem enfrentadas pelos poderes em momentos de instabilidade institucional. A noção fundamental era que, sem instrumentos formais, instabilidades políticas

⁵² POWER, Timothy. **Optimism, Pessimism, and Coalitional Presidentialism: Debating the Institutional Design of Brazilian Democracy**. Oxford: Society for Latin American Studies, 2009, p. 21-23.

⁵³ “O sucesso do Executivo para o período pós-promulgação da Constituição de 1988 é de 70,7%. Cabe notar que a definição de sucesso adotada é exigente, pois pede que a matéria seja aprovada ao longo do mandato do presidente que submeteu a medida. As variações por presidentes são pequenas e independem da sua base de apoio. É certo que Fernando Collor, o único presidente do período a formar coalizões minoritárias, teve o pior desempenho nesse quesito entre todos os presidentes, aprovando 65% dos projetos que submeteu. Mas a variação é menor que a estabilidade. A taxa de sucesso para Itamar foi um ponto superior à de Collor e os demais presidentes ficaram um pouco acima dos 70%. A taxa de dominância para o mesmo período também é expressiva: 85,6%. Uma vez mais, não há variações significativas entre os mandatos. Collor e Sarney têm os valores mais baixos, em torno dos 77%. Itamar e Lula estão acima dos 90%, enquanto Fernando Henrique teve taxa similar em seus dois mandatos: 85%”. In: LIMONGI, Fernando. **A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. Novos estudos CEBRAP, n. 76, p. 17-41, nov. 2006.

⁵⁴ ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão: O dilema institucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de Ciências Sociais, 1988.

difícilmente seriam superadas por governos “sem um amplo apoio político social”⁵⁵. A experiência brasileira, todavia, apontou para caminho diverso.

De início, o poder de agenda do Presidente da República e o Colégio de Líderes no Congresso Nacional demonstraram que há instrumentos para superar as fragilidades institucionais pelo Executivo, assim como manter uma base parlamentar que possibilite ao eleito governar. No entanto, como observado por Virgílio Afonso da Silva, não reflete a realidade a compreensão de que meramente os instrumentos dispostos ao Executivo lhe garantem ampla capacidade de atuação⁵⁶. Esta observação aponta para a necessidade de uma observação mais ampla da dinâmica institucional, para além da relação entre a Presidência da República e o Parlamento.

Nessa linha, tem se apresentado como primordial no cenário político o papel desempenhado pelo Judiciário e, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal. Antes ignorado nas análises sobre o sistema político brasileiro, a Suprema Corte é vista, atualmente, como um importante fator de racionalização da institucionalidade. Para Abranches, já observando o amplo desenvolvimento da maturidade institucional do Brasil, a transferência de matérias políticas ao Judiciário se apresentou como um mecanismo de superação da fragmentação política.

Nesse contexto, o STF assumiu um novo papel na arena política, apresentando-se não apenas como um mediador das disputas entre Executivo e Legislativo, mas, igualmente, como uma arena para a superação de minorias parlamentares eventuais na consolidação de pautas políticas sem amplo apoio legislativo:

A intervenção do Judiciário em questões políticas virou rotina no Brasil. No nosso modelo político, o conflito entre Executivo e Legislativo é comum e decorre da instabilidade das coalizões, principalmente se o sistema partidário é muito fragmentado. O presidencialismo de coalizão é bastante afetado pela mudança nos humores dos partidos na coalizão. Isso pode acontecer em todo regime no qual o governo depende de uma aliança multipartidária majoritária. Mas o dano é muito maior onde a coalizão é um imperativo da governabilidade. (...) O único recurso é a judicialização⁵⁷.

Observa-se de sua análise que este quadro decorre de dois cenários: institucional (formal) e o político. No plano formal, “a extensão da Constituição dá muito espaço para

⁵⁵ ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão: O dilema institucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de Ciências Sociais, 1988, p. 30.

⁵⁶ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Presidencialismo y Federalismo en Brasil: Los desencuentros entre política y derecho**. Cidade do México: Instituto Investigaciones Jurídica de la UNAM, 2009, p. 298-299.

⁵⁷ ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão: Raízes e Evolução do Modelo Político Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 365.

controle de constitucionalidade de grande quantidade de decisões próprias da legislação ordinária, ampliando demasiadamente o papel do Judiciário”. No plano político, a fragmentação resulta num sistema instável que, ainda que haja mecanismos para formação de maiores parlamentares, há uma disputa constante entre o governo eleito e os parlamentares. “O presidencialismo de coalizão é bastante afetado pela mudança nos humores dos partidos na coalizão”⁵⁸, afirma.

Entendo que é fundamental que, a partir deste quadro, analise-se qual é a influência do sistema político sobre a atuação do STF. No capítulo anterior abordei a importância das regras e procedimentos adotados pela legislação. Como afirmado, é uma visão bastante idealizada supor que as normas isoladamente têm a capacidade de moldar o sistema político. É possível, no entanto, que estas sejam aproximadas do cenário político e, a partir daí, haja uma maior compreensão das razões para se compreender o papel do Supremo Tribunal Federal na atualidade.

O Judiciário não atua de forma isolada aos demais poderes, onde seria apenas influenciado pelas normas. Essa afirmação não quer dizer, não obstante, que não haja importância nos atributos formais. Ao invés disso, defendo que uma compreensão verdadeira sobre o papel da Suprema Corte na atualidade apenas pode ser explicada se conseguirmos, ainda que parcialmente, correlacionar o formalismo normativo a dinâmica política do presidencialismo de coalizão, de modo a observar empiricamente como ambas influenciam o processo deliberativo judicial.

Em estudo realizado sobre a independência judicial na América Latina, Aníbal Pérez-Liñan e Andrea Castagnola trazem uma importante observação: a estruturação do Judiciário importa, na medida em que o papel exercido por este poder ensejará maior ou menor intromissão da classe política sobre a sua atuação, ensejando possíveis reformas que visem o questionamento acerca da legitimidade e independência dos órgãos judiciários⁵⁹. O ponto fundamental abordado é que, para além da influência normativa por si só, a estruturação do Judiciário refletirá a sua interação com os demais poderes.

Nesse contexto, quão maior for os poderes dos Tribunais e, em paralelo, maior for o poder e legitimação popular da classe política, maior será a capacidade e propensão deste em

⁵⁸ ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão: Raízes e Evolução do Modelo Político Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 365.

⁵⁹ PÉREZ-LIÑAN, Aníbal. CASTAGNOLA, Andrea. **Judicial Instability and Endogenous Constitutional Change: Lessons from Latin America**. Cambridge: British Journal of Political Science, 2014.

propor mudanças constitucionais que objetivem reduzir o poder das Cortes. Por essa razão, “popularly elected assemblies exercising constituent powers can place themselves above any form of judicial review”, ao mesmo tempo que “even when the Supreme Court is able to negotiate the terms of a reform with political leaders, its bargaining power may be stymied by popular mobilization in support of the constitutional process”⁶⁰.

Não obstante, é observado que num cenário distinto, onde o contexto político seja altamente fragmentado, o Poder Judiciário terá maior capacidade para negociar eventuais reformas e, igualmente, concentrar maiores poderes em relação aos demais órgãos institucionais⁶¹. Esta conclusão aponta para a perspectiva que o papel formal desempenhado pela Suprema Corte é um importante método para compreender a sua posição no cenário político; e vice-versa.

Não pretendo a partir dessas premissas traçar novos métodos de análise do sistema político brasileiro ou, de igual modo, questionar as análises já bastante esmiuçadas pela ciência política. O ponto fulcral, como afirmado, é apontar como, apesar dessas abordagens, as análises jurídicas seguem apontando para teses unidirecionais e idealizadas que reduzem sensivelmente a complexidade do processo deliberativo do Supremo Tribunal Federal, sem que adentrem em observações empíricas que permitiriam um estudo mais aprofundado sobre a dinâmica de funcionamento da Corte.

O STF não está alheio ao cenário político. A Corte é um reflexo da dinâmica política, sendo beneficiada e, igualmente, retraída pelas circunstâncias institucionais que decorrem do presidencialismo de coalizão. Trata-se de uma relação *simbiótica*, como descrito por Daniel Bogéa⁶². É imprescindível, diante disso, que o direito realize análises mais aprofundadas sobre a interrelação entre essas características, sem que isso importe – ressaltado – num pragmatismo excessivo que ignore completamente a importância da normatividade e a busca por sua constante efetividade e segurança jurídica.

Com base nisso, analiso, sem que se pretenda esgotar o tema, os principais fatores que identifiquei como preponderantes que influenciam o processo decisório da Suprema Corte no contexto político brasileiro. Pretendo com essa análise ressaltar, nos momentos seguintes do

⁶⁰ PÉREZ-LIÑAN, Aníbal. CASTAGNOLA, Andrea. **Judicial Instability and Endogenous Constitutional Change: Lessons from Latin America**. Cambridge: British Journal of Political Science, 2014, p. 396-399.

⁶¹ PÉREZ-LIÑAN, CASTAGNOLA, 2014, p. 399.

⁶² BOGÉA, Daniel. **Partidos Políticos e STF: Decifrando a simbiose institucional**. Curitiba: Appris Editora, 2021.

trabalho, a necessidade de uma nova agenda da pesquisa jurídica para a análise do Judiciário no país.

6. OS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A premissa fundamental desta pesquisa aponta para a seguinte perspectiva: o poder do Supremo Tribunal Federal não reside apenas em critérios formais, ao contrário a expansão e concentração da sua capacidade deliberativa possui influência essencialmente de critérios políticos. Apesar disso, ao longo das últimas décadas, esta hipótese foi quase que completamente ignorada pelas pesquisas jurídicas, o que acarretou numa ampla lacuna nas análises do direito sobre a Corte.

Analiso, a partir disso, os principais fatores que contribuíram para o atual papel desempenhado pelo STF. Para isso, relaciono os critérios políticos decorrentes do presidencialismo de coalizão àqueles de ordem formal, resultados da expansão normativa das competências da Corte. A análise tem por finalidade não apenas discutir os critérios delineados pela ciência política, mas, sobretudo, apontar para os níveis de imprecisão das teorias jurídicas que se isolam em debates unidirecionais sobre os grau de legitimidade das deliberações judiciais em matérias políticas.

Identifico, sem que pretenda exaurir a questão, quatro fatores que foram essenciais nesse processo: (I) a fragmentação da sistema político brasileiro; (II) o método de indicação do ministros da Suprema Corte; (III) a utilização da judicialização como instrumento de oposição; e (IV) a ampliação das competências do Tribunal pelo Congresso Nacional.

6.1. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO RESULTADO DA FRAGMENTAÇÃO PARLAMENTAR

Os debates no âmbito do direito acerca da crise de representatividade do Legislativo é um tema que, usualmente, estão expressos em análises que almejam a explicar o atual papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais. Em visões mais românticas, aponta-se que o papel do Judiciário foi fortalecido a partir da incapacidade da classe política, em especial o Parlamento, em expressar a vontade da maioria – e, quase contraditoriamente, garantir os direitos individuais da minoria.

Sob essa complexidade, as Supremas Cortes se apresentariam não apenas como órgãos capazes de superar as consequências dessa ausência de legitimidade, mas, igualmente, de

garantir que a representação não imponha a subtração dos direitos e garantias fundamentais das minorias. Para Luís Roberto Barroso, por exemplo, essa crise de representatividade teria sobrelevado a capacidade dos órgãos judiciais – não apenas os superiores – em atuar no âmbito político e lhes tornaram, muitas vezes, mais representativos que os órgãos políticos tradicionais⁶³.

Observa-se que, mesmo para autores críticos a amplitude desempenhada pelo *judicial review*, o controle judicial das normas é observado como um método legítimo quando inexistente um Parlamento representativo numa sociedade e, igualmente, que esta não leve os direitos sério, como apontado por Jeremy Waldron⁶⁴. A premissa primordial seria que esses seriam pressupostos condicionais para se legitimar a exclusão da capacidade das Cortes em interferir no processo político-deliberativo.

Parece-me, todavia, que tais afirmações, diante de seu aspecto meramente teórico, são incapazes de demonstrar, ainda que minimamente, a veracidade de suas afirmações e retorna naquilo que apontei anteriormente que as análises jurídicas sobre o papel desempenhado pelos Tribunais ignora a complexidade da relação entre os poderes. Isso não quer dizer, no entanto, que seja inverídico a fragmentação do sistema político brasileiro e como este fator fortalece o poder do Supremo Tribunal Federal, pelo contrário. O que defendo é que tais análises precedam fundamentações empíricas que lhes legitimem.

A hipótese da fragmentação política como propulsora da atuação das Cortes Constitucionais tem sido levantada no âmbito do direito comparado. Defende John Ferejohn que, em que pese a Constituição dos Estados Unidos prever a atuação legislativa como uma competência do Parlamento e do chefe do Executivo, esta capacidade somente será, de fato, exercida se houver ímpeto político para a deliberação parlamentar⁶⁵. A ideia é que o poder *de fato* do Legislativo depende de sua coesão, ainda que pontual, para deliberar sobre uma matéria, sem a qual se resultará em sua inércia.

Caso essa capacidade não seja observada, a Suprema Corte ou outros órgãos administrativos terão legitimidade institucional – ainda que não prevista expressamente nas

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts**. In: BUSTAMANTE, Tomás. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Democratizing constitutional law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism*. Dordrecht: Springer Netherlands, 2016, p. 3.

⁶⁴ WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review**. New Heaven: The Yale Law Journal, 2006

⁶⁵ FEREJOHN, John. **Judicializing Politics, Politicizing Law**. Duke University School of Law, 2002, p. 63.

normas constitucionais – para decidir⁶⁶. Decorre disso a concepção que legislaturas com ampla fragmentação tendem a promover a divisão de seus poderes com outros órgãos. Em que pese a primazia constitucional da vontade legislativa, esta é incapaz de ser exercida se as circunstâncias impedem a tomada de decisão.

Em trabalho realizado por Leon Victor de Queiroz Barbosa e Ernani Carvalho foi demonstrado empiricamente a correlação entre a fragmentação partidária e o empoderamento judicial no Brasil. A conclusão primordial da pesquisa é que “the greater the political and party fragmentation, the greater the tendency for the Judiciary to be empowered”⁶⁷. Entendo que esta constatação mina recorrentes alegações teóricas que o judiciário, em especial o STF, não possui a sua atuação pautada pela dinâmica política e que os fatores que impulsionam o controle de constitucionalidade está resumido às suas normas reguladoras.

Como apontam, a Constituição Federal de 1988 dotou o Supremo Tribunal Federal com largas competências, a Corte não apenas exerce a função de um Tribunal Constitucional, mas, em paralelo, é instância originária para o julgamento de demandas contra autoridades e, igualmente, exerce competência recursal sobre as instâncias inferiores. Este quadro destoa por completo do papel de uma Corte “legalista”, distante da atividade política. Ao invés disso, a Constituição não apenas empoderou o STF, como foi um fator fundamental para o desenho do quadro atual – retomarei este quesito posteriormente.

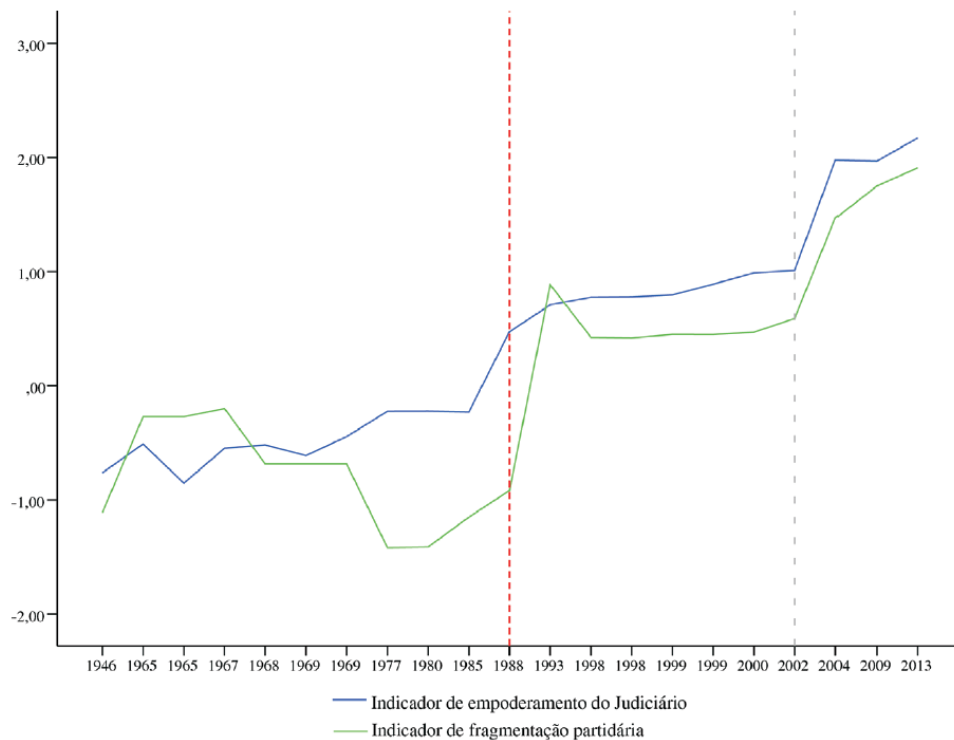
Ocorre que, concomitantemente ao crescimento das atribuições do STF no âmbito formal, demonstram Barbosa e Carvalho que há um constante crescimento da fragmentação do sistema político brasileiro. O desenvolvimento alinhado desses fatores corrobora a existência de uma correlação entre a fragmentação do sistema político brasileiro e o empoderamento judicial experienciado pela Suprema Corte, que pode ser observado no Gráfico I⁶⁸.

⁶⁶ FEREJOHN, John. **Judicializing Politics, Politicizing Law**. Duke University School of Law, 2002, p. 63.

⁶⁷ BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. CARVALHO, Ernani. **The Supreme Federal Court as Queen of Chess: Partisan Fragmentation and Judicial Empowerment in Brazil**. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, 2020, p. 15.

⁶⁸ BARBOSA, CARVALHO, 2020, p. 4-5.

Gráfico I – Correlação entre a fragmentação partidária e empoderamento judiciário entre 1945 a 2013



Fonte: Leon Barbosa e Ernani Carvalho⁶⁹

Como observado, a medida do empoderamento do judiciário (representado na linha azul), há uma equiparável oscilação na fragmentação do sistema político (representado sobre a linha verde). Nesse quadro, o ano de 1988 é considerado um *ponto de não-retorno*, decorrente da promulgação da nova Constituição. A noção, que considero correta, é que, excetuadas situações de excepcionalidade no regime democrático, após o início de uma nova ordem constitucional, como a redemocratização brasileira, “there is no way for the Executive and/or Legislative to go back and diminish the powers of the Judiciary, unless it agrees with this reduction, which is very unlikely”⁷⁰.

Essa fragmentação pode ser verificada ainda pelos índices de representação partidária no âmbito Congresso Nacional. Além dos 29 partidos registrados atualmente no Tribunal Superior Eleitoral, como destaca Luís Gustavo Faria Guimarães, a partir de dados condensados do Parlamento, “a evolução do quadro de fragmentação das bancadas é verificável tanto na

⁶⁹ Para melhor observação, optei pela manutenção do gráfico em sua identidade visual original. In: BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. CARVALHO, Ernani. **The Supreme Federal Court as Queen of Chess: Partisan Fragmentation and Judicial Empowerment in Brazil**. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, 2020, p. 5.

⁷⁰ BARBOSA, CARVALHO, 2020, p. 5.

composição da Câmara quanto na do Senado, e a situação se deteriora gradativamente a cada nova legislatura”⁷¹, conforme verificado nos quadros I e II.

Quadro II – Evolução das bancadas da Câmara dos Deputados

LEGISLATURA	NÚMERO DE PARTIDOS	BANCADA DOS TRÊS MAIORES PARTIDOS	BANCADA DOS TRÊS MAIORES PARTIDOS (%)
48ª (1987-1991)	12	PMDB (260), PFL (118) e PDS (34)	88,4%
49ª (1991-1995)	19	PMDB (108), PFL (83) e PDT (46)	47,1%
50ª (1995-1999)	18	PMDB (107), PFL (89) e PSDB (63)	50,5%
51ª (1999-2003)	17	PFL (108), PSDB (99), e PMDB (83)	56,5%
52ª (2003-2007)	16	PT (90), PFL (75) e PMDB (69)	45,6%
53ª (2007-2011)	20	PMDB (90), PT (83) e PSDB (64)	46,1%
54ª (2011-2015)	22	PT (87), PMDB (78) e PSDB (53)	42,4%
55ª (2015-2019)	28	PT (69), PMDB (65) e PSDB (54)	36,6%
56ª (2019-2022)	30	PT (56), PSL (52) e PP (37)	28,2%
57ª (2023-2026) ⁷²	23	PL (76), PP (58) e PT (56)	37,03%

Fonte: Dados condensados por Luis Gustavo Faria Guimarães

Quadro III – Evolução das bancadas do Senado Federal

LEGISLATURA	NÚMERO DE PARTIDOS	BANCADA DOS TRÊS MAIORES PARTIDOS	BANCADA DOS TRÊS MAIORES PARTIDOS (%)
50ª (1995-1999)	11	PMDB (21), PFL (21) e	69,1%

⁷¹ GUIMARAES, Luis Gustavo Faria. **O Presidencialismo de Coalizão no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 191-192.

⁷² Os dados relativos às 57ª legislaturas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal foram atualizadas por este autor, sem previsão na pesquisa referenciada.

		PSDB (14)	
51 ^a (1999-2003)	09	PMDB (25), PFL (17) e PSDB (14)	69,1%
52 ^a (2003-2007)	08	PMDB (24), PFL (15) e PT (14)	65,4%
53 ^a (2007-2011)	12	PMDB (20), PSDB (14) e PFL (12)	56,7%
54 ^a (2011-2015)	14	PMDB (18), PT (14) e PSDB (11)	53%
55 ^a (2015-2019)	15	PMDB (17), PT (13) e PSDB (13)	53%
56 ^a (2019-2022)	21	MDB (12), PSDB (9) e PSD (7)	34,5%
57 ^a (2023-2026)	15	PL (13), União Brasil (12) e MDB (10)	43,2%

Fonte: Dados condensados por Luis Gustavo Faria Guimarães

Como observado, enquanto no primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, as três maiores bancadas da Câmara dos Deputados representavam mais da metade do Deputados Federais e 69,1% da bancada do Senado Federal, estes percentuais foram reduzindo gradativamente, alcançando 37,03% e 43,2% na Câmara e no Senado, respectivamente. Em que pese a leve redução da fragmentação entre a 56^a e a 57^a legislatura⁷³, estas seguiram em patamares elevados e, inclusive, registraram novos aumentos na última legislatura em ambas as Casas legislativas.

A judicialização da política pode ser explicada, a partir disso, como um resultado da instabilidade do sistema político brasileiro e da ausência de mecanismos para a sua superação. A medida em que cresce a fragmentação dos atores políticos eleitos, aumenta-se a busca por mecanismos judiciais que possibilitem a um determinado agrupamento político alcançar a decisão pretendida que não seria atingida nos órgãos representativos ou, se o fosse, seria amplamente alterada pelas demais representações. Nesse contexto, há o crescimento da influência desempenhada pelo STF.

⁷³ A redução do percentual de fragmentação nas 56^a e 57^a legislaturas pode ser apresentada como reflexo da instituição da cláusula de barreira, iniciada em 2018, em decorrência da Emenda Constitucional 97/2017.

Nesse sentido, afirma Abranches que “há uma conexão entre o alargamento dos poderes do Legislativo e do Executivo e a ampliação do papel do Judiciário na intermediação de conflitos e no controle constitucional”⁷⁴. A medida em que há uma ampla expectativa de uma sociedade heterogênea, complexa e desigual, mas, em paralelo há um Parlamento inerte por sua fragmentação e uma Constituição que enuncia um elevado número de direitos não concretizados materialmente, decorre naturalmente a transição da legitimidade decisória legislativa para outros órgãos, como o Judiciário.

É preciso, todavia, ter cautela com a interpretação deste quadro. A transição da legitimidade decisória entre o Parlamento e a Suprema Corte não decorre de uma tentativa do Judiciário em resguardar os direitos fundamentais ou meramente garantir a prevalência da vontade constitucional, como se observa em afirmações de parte dos teóricos sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na dinâmica política brasileira. Este cenário reflete o crescimento de sua capacidade deliberativa em razão da fragmentação e consequente inércia parlamentar, sem que isso importe em teorizações de baixo rigor metodológico com maior propensão a defesa de uma visão idealizada da legislação.

Configurações normativas e críticas meramente teóricas não são capazes, ainda que dotadas de boa-fé, de alterar esse cenário. Como bem pontuado por Barbosa e Carvalho, é ingênuo supor que um órgão com ampla capacidade decisória concordará com restrições aos seus poderes, especialmente quando o fundamento para tanto são meramente críticas a noção de organização dos poderes de um Estado. Aqueles que criticam, muitas vezes com justas razões, a expansão do poder da Suprema Corte e a correção de suas decisões, deveriam centrar as suas críticas ao cenário político que o precede. Para além de um “desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”⁷⁵, o dito ativismo judicial é fruto da realidade política e não a sua conformadora. Todavia, os estudos jurídicos têm falhado em se aprofundar neste debate.

Apesar de as visões românticas sobre o Judiciário e o denominado *ativismo judicial* serem igualmente carecidas de fundamentos, estas, mesmo que despropositadamente, encontraram um campo para germinar. Isto é, o Supremo Tribunal Federal não ampliou os seus poderes em razão da necessidade de ser um órgão contramajoritário, propenso a resguardar os

⁷⁴ ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão: Raízes e Evolução do Modelo Político Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 365.

⁷⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 141.

direitos fundamentais – a realidade fática derruba tais alegações – mas, diante da fragmentação política do Parlamento, logrou êxito em se empoderar sem que sofresse efetivas represálias dos agentes políticos contrários ao seu crescimento.

Logo, uma compreensão propícia para entender a nossa realidade não reside numa leitura despreziosa da legislação, que subestime o cenário político e defenda uma autocontenção judicial ingênua. É necessário, ao invés disso, que o direito se ocupe de analisar a separação de poderes como um fenômeno dinâmico, que varia conforme as circunstâncias políticas vigentes e não está posta numa visão restrita de um sistema com *freios e contrapesos*, especialmente numa realidade política fragmentada como a brasileira.

Não afirmo com isso que a fragmentação política influencie isoladamente essa realidade. Outros fatores são fundamentais para que, diante desse quadro, existam instrumentos que permitam que o STF, numa lógica *mutualista* como definida por Bogéa, seja empoderado e, muitas vezes, suceda a prevalência de suas decisões sobre a vontade política ordinária. Prossigo nos pontos seguintes a essas análises.

6.2. O MÉTODO DE INDICAÇÃO DOS MINISTROS COMO CONFORMADOR DO PADRÃO DELIBERATIVO DA CORTE

A Constituição Federal de 1988, ao regulamentar o desenho institucional do Supremo Tribunal Federal, dispôs em seu artigo 101 que a Corte seria composta por 11 (onze) ministros, cujos critérios para indicação seriam ter mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 70 (setenta) anos, notável saber jurídico e reputação ilibada. Observados esses critérios pelo postulante ao cargo, compete ao Presidente da República indicá-los e, em seguida, há a necessidade da sua aprovação pelo Senado Federal. Esta norma é comumente alvo de intenso debate pela comunidade jurídica e política.

Alega-se pelos críticos que a indicação por parte *exclusiva* do chefe do Executivo lhe concede amplos poderes, o que possibilita que as nomeações ocorram com vistas a “aparelhar” a Suprema Corte com indicações de caráter ideológico que atuem favoravelmente aos interesses do grupo político vigente ou, posteriormente, conservem seus interesses após deixar o poder. Tais visões devem ser vistas de forma crítica, mas são importantes para trazer ao debate os métodos de indicação dos ministros do STF.

Retomando o ponto anterior, a fragmentação política decorrente do presidencialismo de coalizão impõe elevados custos de governabilidade. Para formar coalizões com capacidade de conceder ao Executivo margem para aprovação de projetos de seu interesse e, igualmente,

afastar-lhe de ameaças de impeachment – bastante recorrentes na dinâmica institucional brasileira – o governo necessita negociar com um elevado número de partidos e blocos políticos distintos para buscar a pretensa governabilidade.

Muitas vezes, ainda que numericamente alcance uma base sustentável, convive com as variações momentâneas na fidelidade partidária que surgem a cada deliberação. Com vistas a esse cenário, uma Suprema Corte alinhada em algum grau com os grupos políticos governantes pode lhe oferecer alternativas para contornar a sua ingovernabilidade momentânea. É ingênuo supor que, diante desse quadro, as indicações ao STF ocorreriam distanciadas da realidade e dos interesses políticos, sendo pautadas por critérios exclusivamente técnicos – mesmo que estes não necessariamente se concretizem posteriormente.

Em estudo realizado por Scott Desposato, Matthew Ingram e Osmar Lannes se abordou esse interessante quadro na lógica das indicações ao Supremo Tribunal Federal pelos Presidentes da República no país, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Antes visto como um órgão judicial técnico, distanciado da esfera política, o STF passou por dois pontos de virada fundamentais no funcionamento da sua lógica institucional: (I) a reforma do judiciário com a Emenda Constitucional 45/2004 e (II) a indicação de ministros de viés progressista pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em seus dois primeiros mandatos (2003-2010)⁷⁶.

Sobre ao primeiro aspecto, dada a sua especificidade, irei abordá-lo com maior amplitude em ponto seguinte deste trabalho. Importa destacar, no entanto, que o fundamento primordial dos autores é que a reforma realizada pela emenda constitucional 45/2004 expandiu os poderes do Supremo Tribunal federal ao atribuir eficácia *erga omnes* às suas decisões. Com isso, a reforma alterou a estratégia de indicação dos ministros da Suprema Corte, na medida em que a eficácia de suas decisões seriam de potencial interesse governamental e não mais restritas aos casos julgados⁷⁷.

A partir desse quadro, observaram os pesquisadores que as nomeações realizadas ao longo dos mandatos Lula I e II, somadas à reforma do judiciário, conduziram a Corte de uma atuação legalista/positivista a um Tribunal com maior propensão a tomada de decisões de caráter político (ativista), decorrentes da capacidade organizativa do grupo político governante.

⁷⁶ DESPOSATO, Scott. INGRAM, Matthew. LANNES, Osmar. **Power, Composition and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal**. The Journal of Law, Economics, and Organization, 2014, p. 534-567.

⁷⁷ DESPOSATO, INGRAM, LANNES, 2014, p. 561-562.

É preciso, no entanto, observar esta constatação com cautela para que não resulte em afirmações ideologicamente exageradas de um predomínio de um grupo político sobre o Tribunal.

Em que pese a existência de indicações ideologicamente motivadas que alteraram o seu padrão deliberativo, deste fator não se resultou numa Corte subordinada aos interesses de um grupo político ou de perseguições a outros. Pelo contrário, não obstante as indicações ao STF terem sido alinhadas naquele momento com o Partido dos Trabalhadores (PT), ainda assim a Corte demonstrou posicionamentos contrários ao governo em matérias sensíveis, a exemplo do julgamento do denominado *mensalão* (ação penal 470) e a legitimação do posteriormente impeachment da Presidente Dilma Rousseff – que resultou no afastamento do partido da chefia do Executivo.

Considero ainda pouco profícuo que a crítica ao método de indicação dos ministros ao STF seja realizada a partir de uma suposta omissão do Senado Federal em suas sabatinas, que seriam meramente legitimadoras da vontade presidencial. Alega-se que a última rejeição de um indicado a Corte pela Câmara Alta ocorreu durante o mandato de Floriano Peixoto (1891-1894), o que contrasta com uma alegada maior atuação do Senado estadunidense que entre 1789-2014 (225 anos) rejeitou 12 indicações presidenciais⁷⁸.

Não obstante, como destaca Theófilo Rodrigues numa análise da trajetória dos ministros, a rotina institucional demonstra que há uma atuação do Executivo no processo de indicação dos ministros, uma espécie de sondagem dos nomes na disputa pela indicação. Assim, “se nessas sondagens o presidente da República perceber que o nome em avaliação não será aceito pelos demais Poderes, então o próprio presidente pode recuar na indicação”⁷⁹. Noutras palavras, a avaliação dos indicados acontece de forma prévia a sua formalização e a alta aprovação dos nomes pelos senadores não pode ser interpretado como uma aceitação deliberada das indicações presidenciais. Trata-se, como tenho criticado, da redução da análise das indicações a semelhante observação meramente formalista.

Logo, o processo de indicação é um importante instrumento a influenciar o processo deliberativo da Corte. Indubitavelmente, o viés ideológico de cada magistrado influenciará as suas decisões, o que motivará que o Presidente responsável pela indicação almeje apontar nomes favoráveis as mesmas pautas que defende. É imprescindível, no entanto, que tais

⁷⁸ MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 19.

⁷⁹ RODRIGUES, Theófilo Machado Rodrigues. **Análise da Trajetória dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF): Insulamento ou Presidencialismo de Coalizão?**. São Paulo: Revista DireitoGV, 2022, p. 4-5.

observações não ensejem afirmações sem substrato empírico que este fato *por si só* pode resultar em riscos ao seu aparelhamento.

6.3. A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Observados os pressupostos abordados, tem-se duas constatações primordiais: (I) as deliberações do STF são influenciadas pela dinâmica institucional, em especial pelo grau de fragmentação política dos órgãos eleitos; e (II) a Corte não é um órgão *meramente* técnico e as suas indicações pelo Presidente da República são pautadas também por critérios políticos. Apesar disso, essa complexidade não é satisfatoriamente observada pela literatura jurídica ao explicar a compreensão do controle de constitucionalidade, em razão da sua análise restritamente teórica.

Imagine-se uma situação hipotética, porém bastante recorrente: um estudante recém ingresso ao curso de Direito inicia os seus estudos sobre a teoria da constituição e o direito constitucional. Bastante entusiasmado, aprende, através de *courses* e *manuals*, que a Constituição é uma norma suprema, sobre a qual as normas infraconstitucionais devem ser balizadas, sob pena de serem reputadas como inconstitucionais e ter suas eficácias afastadas do plano jurídico. Não seria incorreto afirmar que este estudante compreendeu o cerne jurídico-teórico sobre o tema, na prática, todavia, esta teorização seria incapaz de demonstrar a real complexidade deste debate e este passaria a supor – *incorretamente* – que para que seja declarada a inconstitucionalidade de uma norma pela Suprema Corte bastaria observar a sua ilegitimidade perante a norma constitucional. O que, indubitavelmente, não corresponde à realidade.

Sobre esse ponto gira o debate deste trabalho. Em que pese as normas jurídicas não possuírem a função de enunciar as complexidades de um sistema político e como este interage com a interpretação normativa, há um longo período, em que pese os avanços dos estudos sobre o *judicial review*, especialmente pelos cientistas políticos, os juristas seguem insistindo em explicações vagas sobre este tema. Essas explicações, usualmente, resumem o controle de constitucionalidade a uma série de procedimentos descritos na legislação que, não obstante as suas importâncias, transmitem uma realidade recortada e idealizada àqueles que buscam compreendê-las, ao passo em que se ignora a importância de observar outros pressupostos que influem em seu processo deliberativo.

O *judicial review* é altamente instrumentalizado, seja pela atuação dos próprios órgãos judiciais que dependem de legitimidade para deliberar, independente da prescrição normativa isoladamente, seja pela atuação de agentes externos que encontram na revisão judicial um campo para lograr êxito em suas pautas políticas. Reduzir esta complexidade importa em apresentar uma teoria que é incapaz de expressar os reais contornos que circundam a deliberação de uma Suprema Corte.

Ran Hirschl, ao abordar a ascensão dos Tribunais na dinâmica política, aponta para esta instrumentalização. Segundo o autor, apesar de a limitação da atuação política-majoritária em prol das Cortes contrariar os interesses dos próprios agentes eleitos, é possível explicar esta autolimitação como um método para evitar que, posteriormente, a dinâmica institucional seja subvertida por maiorias eventuais que visem minar os seus interesses na arena decisória⁸⁰. Destaca-se que não se trata de um método contramajoritário em prol de concepções idealizadas, como de defesa de direitos fundamentais, mas sim de uma forma que elites políticas mantenham seus poderes, mesmo quando não eleitos. Noutras palavras, instrumentaliza-se um procedimento cuja função primordial é manter as bases do *status quo* vigente e preservar os seus interesses.

Não pretendo afirmar com isso que esta seja a única função do controle de constitucionalidade das normas. Ao abordar o fator de manutenção dos interesses das elites políticas, Hirschl toma por base fundamentalmente as experiências de instrumentalização de países como Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul⁸¹, o que certamente pode variar no âmbito do direito comparado. O que busco apontar, ao invés disso, é que existe um consenso que há interesses diversos na expansão das competências das Supremas Cortes em limitar a atuação dos agentes políticos, a partir da conformação de decisões políticas majoritárias em face das normas constitucionais.

Nesse sentido, a prática que rege o exercício do controle de constitucionalidade difere da teoria defendida pelos juristas. Não afirmo por isso que as normas devam ser desprezadas ou postas em segundo plano, em prol de uma defesa de um “realismo jurídico”, especialmente dadas as especificidades da jurisdição constitucional. A crítica não reside nas normas, mas na observância da dinâmica institucional dos poderes e sua correlação com a atuação do Supremo

⁸⁰ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. 1ª edição. Cambridge, Massachusetts e Londres: Harvard University Press. 2007, p. 38-39.

⁸¹ HIRSCHL, 2007, p. 17-30.

Tribunal Federal, que passa despercebida pela análise jurídica, que se restringem a concepções teóricas.

Na experiência brasileira, como demonstram os autores Matthew Taylor e Luciano Da Ros “o chamamento dos tribunais à apreciação das políticas públicas não resulta apenas da extensão dos canais institucionais existentes para tanto, mas também do contexto e das estratégias políticas de potenciais atores no campo judicial”⁸². Sustentam, com isso, que a utilização do Judiciário não está relacionada a busca propriamente de vitórias judiciais ou debates sobre a interpretação da legislação, mas a ser um método de contestação de decisões de grupos políticos diversos.

A partir dessa constatação, os autores identificam três modalidades de uso da judicialização de matérias políticas pelos atores políticos: (I) a judicialização como tática de oposição; (II) a judicialização como arbitragem de interesses em conflito; e (III) a judicialização como instrumento de governo⁸³. Em todos os casos, observa-se a utilização do controle de constitucionalidade como um método instrumentalizado, sob o qual a premissa normativa é meramente um subterfúgio para atingir objetivos políticos diversos e não propriamente consagrar a vontade constituinte.

Sobre a *judicialização como instrumento de oposição*, como dedutível pelo próprio termo, trata-se do acionamento dos tribunais “com o propósito de declarar oposição ou desmerecer políticas públicas adotadas pelo governo”⁸⁴. Objetiva-se, com isso, não apenas marcar posição contra os atos governamentais, mas também eventualmente obter vitórias na arena judicial, uma vez que a oposição esteja em minoria – ainda que eventual – no âmbito parlamentar. Nesse cenário, independente do partido político, o fator primordial é que a agremiação ou parlamentar que proponha a judicialização, esteja em oposição ao núcleo governista.

Em interessante observação empírica deste cenário, os autores demonstram que durante os governos Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), houve um predomínio do uso da judicialização como estratégia da oposição. O percentual de ações ajuizadas pela oposição para contestar políticas governamentais

⁸² 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. 2008, p. 827.

⁸³ TAYLOR, DA ROS, 2008, p. 838-842.

⁸⁴ TAYLOR, DA ROS, 2008, p. 837.

correspondeu a 84,2%, enquanto 8,3% foram ajuizadas por autores sem legitimidade postulatória e apenas 7,5% por partidos que participavam da base governamental⁸⁵.

Estes dados, como afirmado anteriormente, apontam que há um amplo cenário de disputas políticas que precedem a análise da constitucionalidade de uma norma, sendo a alegação de inconstitucionalidade um fator lateral. O que ainda é ressaltado pela realidade política do presidencialismo de coalizão, isto é, dada a heterogeneidade das bases políticas que compõe os grupos parlamentares no Brasil, a prevalência da judicialização apenas por partidos oposicionistas demonstra uma baixa propensão de discordâncias explícitas entre a interpretação da norma e a base governista, o que pode indicar um grau considerável de irrelevância deste fator como elemento primordial balizador da transferência de pautas ao STF.

No caso da *judicialização como arbitragem de interesses em conflito* se trata do acionamento do Supremo Tribunal Federal em situações em que a legislação altere procedimentos que atinjam grupos de interesse e setores específico que, diante da ameaça de seus anseios, busca no judiciário um método de manutenção de seus poderes⁸⁶. A premissa se correlaciona a *hegemonic preservation thesis*, defendida por Hirschl, segundo a qual a judicialização deve ser compreendida como uma estratégia das elites políticas na manutenção de seu poder⁸⁷.

Em que pese o fator partidário governo/oposição não ser tão relevante sobre este cenário, de igual forma é observada a instrumentalização da utilização do *judicial review*. A distinção neste caso deriva que o ponto de discordância da deliberação política decorre da tentativa de atores políticos preservarem os seus poderes em detrimento a nova disposição legislativa. Não obstante, novamente se observa a utilização do controle de constitucionalidade como um método de proteção de interesses particulares e corporativos, ao invés de decorrentes de uma alegada proteção de direitos fundamentais e da vontade constitucional como preconizada pela doutrina jurídica.

Por fim, a hipótese da *judicialização como instrumento de governo* dispõe sobre a utilização do Poder Judiciário como um agente implementador da agenda da base governista. Nessas situações, surgem tanto a utilização do Supremo Tribunal Federal como forma de

⁸⁵ 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. 2008, p. p. 835.

⁸⁶ TAYLOR, DA ROS, 2008, p. 840-842.

⁸⁷ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. 1ª edição. Cambridge, Massachusetts e Londres: Harvard University Press. 2007, p. 43-44.

superação de eventual paralisia legislativa, como para anular decisões de maiorias eventuais que deliberem de forma contrária aos interesses do Executivo⁸⁸. Em todo caso, almeja-se, primordialmente, o alcance de um objetivo político, sendo a interpretação constitucional um *meio* e não um *fim*.

Apesar dessas considerações, a partir de uma leitura isolada deste ponto é possível que uma objeção surgisse ao leitor. *Não obstante as motivações políticas que antecedem o acionamento dos Tribunais, não estariam estes desvinculados de tais objetivos e, portanto, as deliberações judiciais teriam como premissa fundamental a norma constitucional?* Para respondê-la, desde já negativamente, é imprescindível rememorar os pressupostos políticos que legitimam a deliberação da Corte abordados anteriormente.

Ressalto que a instrumentalização abordada não é um fator isolado, mas que dialoga com os demais pressupostos abordados anteriormente, como a legitimação da deliberação judicial, a fragmentação do sistema político e o processo de indicação dos ministros do STF que pode ser utilizada para se atingir uma Corte com maior identificação ideológica ao grupo governante. A leitura destes quesitos – que certamente não estão exauridos – não devem ser interpretadas de forma isolada aos demais.

6.4. A EXPANSÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO STF

A crítica fundamental deste trabalho se centra na incapacidade de explicar a expansão do Supremo Tribunal Federal apenas por critérios normativos. Como apontei no capítulo anterior, esta forma de abordagem unidirecional e autocentrada promove uma concepção que a dinâmica da atuação da Corte poderia ser explicada apenas por quesitos internos e a sua deliberação seria um reflexo exclusivo das concepções mais ou menos *ativistas* de seus ministros. É imprescindível que seja superada essa ingenuidade teórica, em prol de uma abordagem mais crítica.

Isso não quer dizer que não haja importância nos critérios normativos, especialmente processuais, que influem no modo de atuação do STF. Ao longo das últimas décadas, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi observado um ímpeto legislativo em expandir as competências decisórias do Tribunal. Este quadro, acompanhado dos

⁸⁸ 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. 2008, p. 842-843.

questos políticos anteriores, foram importantes para deslocar a Corte de um papel coadjuvante para um órgão proeminente na dinâmica institucional brasileira.

Como explicam Desposato, Ingram e Lannes, os critérios formais são importantes para definir a metodologia de deliberação de uma Corte Suprema. Aquelas com baixos poderes, em especial com decisões apenas *inter partes*, tendem a possuir um elevado número de processos e, concomitantemente, uma baixa eficiência no estabelecimento jurisprudencial às instâncias ordinárias⁸⁹. Nesses casos, há uma tendência que os julgadores não extrapolem os limites processuais e a matéria que ensejou a lide seja seu principal objeto. Diz-se nessas condições que a Corte se aproxima daquilo que se denomina como um Tribunal “técnico” – ainda que seja questionável esta afirmação.

Não obstante, quando há um alto poder decisório e há a possibilidade do estabelecimento de uma jurisprudência vinculante, as deliberações judiciais transcendem as questões decididas, isto é, as matérias em abstrato presentes no conflito superam as premissas da disputa individual⁹⁰. Com isso, a tendência é que haja um cálculo estratégico sobre a decisão, uma vez que esta influenciará futuros casos e o padrão decisório das demais instâncias. Assim, o formalismo deliberativo cede espaço ao substantivismo em decorrência das amplas competências de deliberação concedidas ao órgão jurisdicional.

A experiência do STF é um interessante paradigma sobre este fato. Antes um *outro desconhecido*, alegadamente uma corte “técnica”, sem grande inserção na dinâmica institucional, a Corte se tornou posteriormente uma protagonista. Esta expansão pode ser explicada pela ampliação dos mecanismos formais de recurso ao órgão jurisdicional que tornou relativamente fácil que um processo judicial chegue à Suprema Corte⁹¹. Atualmente, o STF atua não apenas como uma Corte Constitucional, mas também como instância originária de processos criminais contra autoridades políticas e recursal, acaso a decisão das instâncias inferiores demonstrem afronta às normas constitucionais – o que é bastante recorrente, ao menos pelo número de processos julgados pelo Tribunal.

⁸⁹ DESPOSATO, Scott. INGRAM, Matthew. LANNES, Osmar. **Power, Composition and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal**. The Journal of Law, Economics, and Organization, 2014, p. 535.

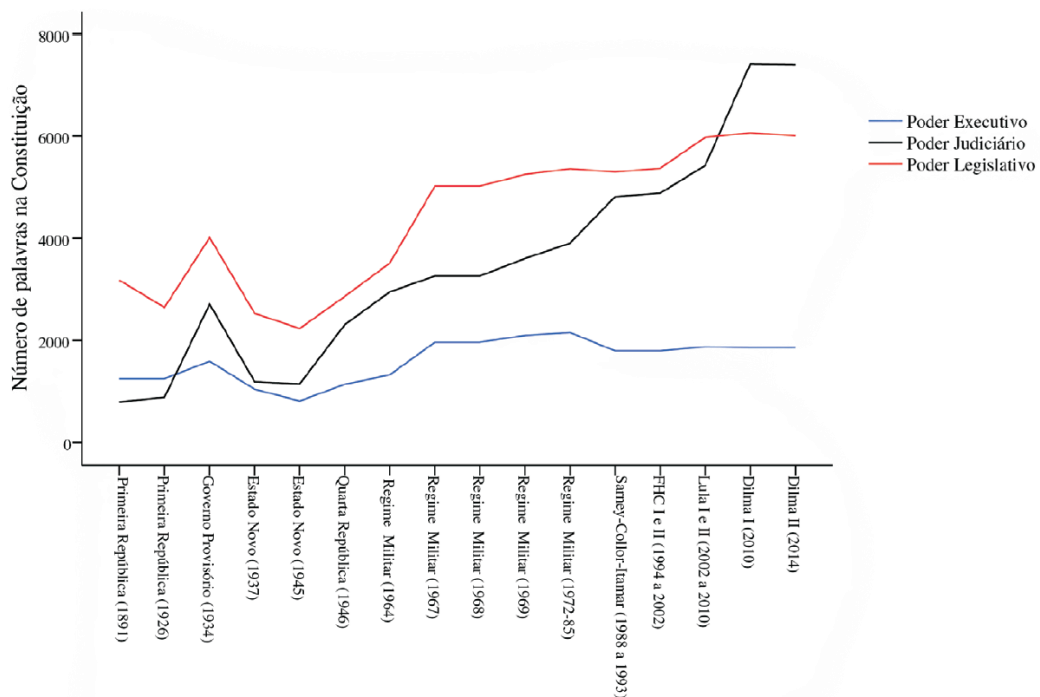
⁹⁰ DESPOSATO, INGRAM, LANNES, 2014, p. 537.

⁹¹ KAPISZEWSKI, Diana. **Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition**. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Courts in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press. 2011, p. 167-168.

Em interessante demonstração desta expansão, Leon Victor de Queiroz Barbosa e Ernani Carvalho apontam como ao longo da história republicana brasileira, paulatinamente, o Supremo Tribunal Federal expandiu os seus poderes constitucionais. Conforme os dados, antes o poder com menor empoderamento, o Tribunal expandiu as suas prerrogativas e ultrapassou os demais órgãos. O ponto de virada ocorreu em 2004 quando foi promulgada a Reforma do Judiciário através da Emenda Constitucional 45⁹².

Para demonstrar esse quadro de forma comparativa, os autores apontam como o Poder Judiciário se expandiu em cada Constituição, o que é representado pelo número de palavras que a Carta destinou a cada Poder. Com pouca prevalência no âmbito constitucional ainda na primeira República, houve uma série de reformas que possibilitaram o crescimento Judiciário, o que demonstra que esta mutação ocorreu também por critérios normativos a cada período institucional:

Gráfico II – Expansão constitucional dos três poderes



Fonte: Leon Barbosa e Ernani Carvalho⁹³

Em que pese ser discutível o grau de observação fidedigna da dinâmica entre os poderes pela observação da conformação constitucional de cada um, uma vez que não

⁹² BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. CARVALHO, Ernani. **The Supreme Federal Court as Queen of Chess: Partisan Fragmentation and Judicial Empowerment in Brazil**. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, 2020, p. 4.

⁹³ BARBOSA, CARVALHO, 2020, p. 4.

necessariamente a existência de competências formais possibilita o seu pleno exercício por um agente, estes dados podem ser confrontados com própria expansão das competências processuais da Corte. Ao longo das sete experiências constitucionais do país, é observável como houve uma gradativa expansão das prerrogativas do STF – ainda que estas possam ser contrapostas aos momentos de políticos de suas vigências.

Ao contrário da recorrente comparação com a Suprema Corte estadunidense, que remonta a sua experiência como uma Corte Constitucional com amplas prerrogativas ao caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803, assim como da Suprema Corte alemã (*Bundesverfassungsgericht*) que concentrou amplos poderes no controle de constitucionalidade das normas a partir da Lei Fundamental em 1949⁹⁴, a história da homóloga brasileira é mais tortuosa e variou a cada período constitucional. O abandono de um papel coadjuvante apenas ocorreu a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, desenvolvendo-se nos períodos seguintes.

Nas experiências constitucionais antecedentes, observou-se desde um Judiciário sem competência para analisar a constitucionalidade dos atos normativos, restrito a atuação no âmbito cível e penal durante o período imperial e, em seguida, já durante o período republicano, um poder coadjuvante que, apesar da existência formal de um controle de constitucionalidade, tinha como único legitimado para proposição dessas ações judiciais o Procurador Geral da República indicado e exonerado a critério do Presidente da República – afetado também pela dinâmica de instabilidade entre as breves experiências democráticas e os sucessivos períodos autoritários vivenciados no país. Esse quadro apenas foi alterado com a promulgação da atual Constituição.

Esse momento inaugurou não apenas um período democrático duradouro, mas sobretudo reconfigurou a dinâmica dos poderes da nova República. O Judiciário assumiu um papel de protagonista na dinâmica da separação entre os poderes, o que foi demonstrado pela expansão de suas competências e prerrogativas, que lhe permitiu – aliado as circunstâncias políticas favoráveis – abandonar a então função de um agente com pouca capacidade política-decisória para se contrapor aos demais órgãos. Com a nova ordem constitucional, passou-se a coexistir o controle de constitucionalidade difuso (iniciado ainda na primeira República em 1891) e o concentrado.

⁹⁴ BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism**. Nova York: Springer, 2010, p. 88-89.

Além disso, expandiu-se o rol de legitimados para a proposição das ações do controle de constitucionalidade⁹⁵. Esta mudança permitiu aos diversos agentes políticos, sejam eleitos, partidários ou da sociedade civil, acionar a Suprema Corte para contestar decisões políticas que tenham lhes desfavorecidos no âmbito deliberativo-majoritário, sem que haja quaisquer limitações consideráveis como uma maior representação no âmbito parlamentar pelos partidos políticos ou restrições às confederações e entidades de classe, salvo o caráter nacional. Trata-se, como afirmado anteriormente, do que se descreve como o fácil acesso ao Tribunal.

Com essa ampliação do rol de legitimados para proposição de ações do controle de constitucionalidade, o STF se tornou uma arena amplamente suscetível às disputas políticas. Essa expansão permitiu que grupos políticos minoritários encontrassem na Corte um espaço para demonstrar sua oposição a tomada de decisão de outros agentes. Transferiu-se, portanto, as disputas políticas do âmbito parlamentar para o judicial, o que refletiu no grau de importância da Suprema Corte na dinâmica institucional.

Além disso, a nova Constituição inaugurou um cenário inédito para os atores judiciais. Antes com competências reduzidas, neste novo período parte do Judiciário compreendeu que poderia assumir uma postura de maior proeminência, mesmo em face dos grupos políticos majoritários. Aliado a isso, as normas constitucionais enunciaram uma série de direitos não concretizados materialmente. Esse cenário, registra Juliano Zaiden Benvindo, possibilitou-lhe que passasse a intervir diretamente no âmbito político, através de decisões que visassem, ao menos em tese, concretizar políticas públicas não regulamentadas pelo legislador⁹⁶.

Outros dois elementos foram também fundamentais para consolidar a concentração de poderes pela Corte no âmbito formal, em especial em relação às instâncias inferiores do Judiciário: a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e da Sumula Vinculante. Estes dois instrumentos são bastante interessantes, pois, além de expandir a capacidade deliberativa da Suprema Corte, atuaram como métodos para a conformação dos Tribunais ordinários ao seu entendimento.

⁹⁵ Constituição Federal de 1988 – Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁹⁶ BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism**. Nova York: Springer, 2010, p. 92-94.

No caso da criação da ADC, através da emenda constitucional 03/1993, o instrumento – bastante similar no plano teórico a ADI e a ADPF – atuou como um mecanismo para que o próprio governo, com ímpeto de retirar da apreciação das instâncias ordinárias determinado ato normativo, requeira diretamente à Suprema Corte a declaração de sua *constitucionalidade*. Esta ação surgiu nos períodos iniciais da nova Constituição, como um método de impedir as elevadas judicializações em primeiro grau das medidas provisórias emitidas pelo Executivo, possibilitando concentrar eventuais controvérsias no órgão de cúpula do judiciário para evitar decisões contrárias ao interesse governamental.

Por sua vez, a Súmula Vinculante, fruto da reforma do judiciário empreendida durante o primeiro governo Lula por meio da EC 45/2004, possibilitou a Corte enunciar dispositivo, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, de eficácia vinculante, que seriam de observância obrigatória das instâncias inferiores, conforme previsão do artigo 103-A da Constituição. Este instrumento surge como um esforço de atribuir maior eficácia à jurisprudência do STF, usualmente inobservada pelas instâncias ordinárias, na prática se consolida também como um mecanismo que expande a sua autoridade, uma vez que prevê não apenas padrões decisórios aos demais Tribunais, mas também aos órgãos administrativos.

Houve, portanto, ao menos duas formas de expansão da atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal: (I) por meio da ampliação do rol de legitimados para contestar na Corte a constitucionalidade de atos normativos; e (II) através da criação de mecanismos de fixação de uma jurisprudência vinculante. Sem tais mecanismos, seria inviável supor que o órgão atingisse tamanho grau de importância na dinâmica institucional, ainda que mantido o alto grau de fragmentação política como a existente na experiência brasileira.

Não afirmo por isso que a expansão dos poderes da Corte se deu *de fato* exclusivamente no momento de criação desses mecanismos. Pelo contrário, mesmo com a promulgação da Constituição em 1988, houve uma longa adaptação do Judiciário a esta nova realidade política, em especial pelo STF. Por um longo período, a Corte se recusou a adotar medidas judiciais que pudessem ser interpretadas como conflituosas entre os demais poderes e algumas ações judiciais eram julgadas de forma a preservar essa “harmonia”⁹⁷. Assim, as elaborações desses mecanismos dependeram também de como a Corte os manuseou, o que não altera a importância deste fator para o debate.

⁹⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism**. Nova York: Springer, 2010, p. 95-97.

Defendo, portanto, que há importância no debate sobre os quesitos formais que envolvem a atuação Supremo Tribunal Federal. Entendo que tais atributos devem ser observados de forma correlata aos quesitos políticos, sem que se resulte nos seus isolamentos que, de forma recorrente, originaram teorias sobre um processo decisório pelos seus ministros baseadas meramente em critérios normativos ou decorrentes de suas preferências ideológicas.

CAPÍTULO III – O QUE IMPORTA NO DEBATE ENTRE O STF E O SISTEMA POLÍTICO

7. AFINAL, O QUE PAUTA A ATUAÇÃO DO STF?

Ao longo deste trabalho, almejei desconstituir um preceito há um longo período sustentado pelas análises jurídicas, segundo as quais é possível explicar a atuação do Supremo Tribunal Federal apenas analisando as normas que regulamentam o seu procedimento decisório. A legislação, ao contrário do que se afirma, não possui tamanha capacidade isolada de conformação de um órgão imerso à dinâmica política-institucional como a Suprema Corte. Isso não quer dizer que não haja importância em tais fatores, mas que apenas uma análise integrada possibilitará uma compreensão ampla sobre o seu funcionamento.

Entender o funcionamento do STF requer que se realize uma análise conjugada das diversas variáveis que podem influir no processo deliberativo. Uma avaliação da Corte que se isole em fatores, seja de ordem normativa ou política, fornecerá um quadro incompleto, que reduzirá o seu papel a um idealismo da amplitude e do poder de conformação da legislação ou lhe atribuirá contornos similares àqueles dos órgãos estritamente políticos, como se todas as suas decisões decorressem de um cálculo político-estratégico acerca da “melhor” decisão. Defendo um ponto de interseção entre ambas as variáveis.

O Supremo Tribunal Federal depende, ainda que em menor grau, das competências legislativas que lhe foram atribuídas. Do contrário, a sua ascensão perante os demais atores institucionais não seria acompanhada das reformas promovidas pela classe política, que aumentaram o seu poder e expandiram os seus procedimentos deliberativos. A norma é, portanto, um fator essencial, mas não exclusivo nesta análise. Para compreendê-la, é necessária conjugá-la à dinâmica institucional. Nesse sentido, destaca Diego Werneck Arguelhes que “texto constitucional, desenho institucional e competências dos poderes são variáveis que, dependendo do contexto político, guardam entre si uma relação de mútua implicação”⁹⁸.

Apesar disso, como destaquei nos capítulos anteriores, as teorias jurídicas seguem, ainda com poucas exceções, almejando apontar como a dinâmica dos poderes, em especial do Judiciário, poderia ser explicada apenas observando como a legislação disciplinou os seus funcionamentos. Essa tentativa tem se demonstrado superficial e carecida de premissas sólidas,

⁹⁸ ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder Não é Querer: Preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização**. Brasília: Universitas/Jus, 2014, p. 28.

ao mesmo tempo em que paralelamente logrou êxito em se apresentar, ao menos entre os próprios juristas, como uma concepção elucidativa. Todavia, a previsão textual do *judicial review* e a constitucionalização de direitos isoladamente “não são fatores suficientes para determinar o grau de participação de um tribunal na vida política do país em um dado momento”⁹⁹.

Para além de explicações superficiais desse fenômeno, o STF está imerso no funcionamento institucional que o cerca. O método de indicação ao Tribunal pelo Executivo, a instrumentalização do controle de constitucionalidade pelos atores legitimados a sua proposição e a fragmentação do sistema político, como destacado no capítulo anterior, são exemplos de quesitos fundamentais para compreender como a Corte atua se comporta na dinâmica institucional e, possivelmente, não são os únicos nesta seara – em que pese não ser o objetivo deste trabalho esgotar a listagem destes quesitos. Sob essas condições, é imprescindível compreender que as suas decisões em matéria constitucional não são pautadas meramente por um binômio constitucional/inconstitucional ou que a Corte é pautada por uma atuação “iluminista”, mas por um cálculo político constante sobre as possibilidades e reflexos de cada decisão.

Um método ilustrativo de observar esta dinâmica pode ser realizado pela tramitação de matérias de elevada controvérsia social julgadas ou em debate pela Corte. Em que pese a ausência de alteração legislativa desde a promulgação da Constituição em 1988 em relação a esses temas, nas duas últimas décadas o STF restringiu o foro por prerrogativa de função¹⁰⁰, reconheceu o casamento homoafetivo¹⁰¹, equiparou a homofobia ao crime de racismo¹⁰², descriminalizou o porte de drogas¹⁰³, ao mesmo passo em que adia uma decisão definitiva sobre a descriminalização aborto¹⁰⁴, entre tantos outros casos. Para além de um debate sobre a constitucionalidade desses institutos, o que pautam estes julgamentos são complexas estratégias

⁹⁹ ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder Não é Querer: Preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização**. Brasília: Universitas/Jus, 2014, p. 39.

¹⁰⁰ Ação Penal 937 – Questão de ordem. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Julgamento: 03/05/2018. Publicação: 11/12/2018.

¹⁰¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Publicação: 14/10/2011.

¹⁰² Mandado de Injunção 4733. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Edson Fachin. Julgamento: 13/06/2019. Publicação: 29/09/2020.

¹⁰³ Recurso Extraordinário 635.659. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Gilmar Mendes.

¹⁰⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Rosa Weber.

sobre a tomada de decisão, que se iniciam desde as suas judicializações até o momento de suas deliberações pelos ministros da Corte.

A exemplo disso, os autores da demanda podem calcular o melhor momento para o ajuizamento de determinada ação sobre a constitucionalidade de uma matéria, isto é, se aquela matéria será bem recepcionada pelos ministros ou se teria maior chance de êxito na arena política, bem como se a composição do Tribunal tende a ser favorável ou contrária ao pedido. Além disso, por parte dos seus integrantes será analisada o grau de legitimidade de possíveis decisões perante os demais poderes, ou seja, se esta será aceita pelo Legislativo e Executivo ou, ao invés disso, haverá reações para a sua superação ou mesmo condutas mais reativas a Corte e os seus membros, entre outros fatores. Há, portanto, uma série de cálculos que são incabíveis de previsão na legislação e, muitas vezes, sobrepõem-se ao mero debate sobre a constitucionalidade de um tema.

Essa soma de cálculos e preferências é observada desde os períodos iniciais a redemocratização. Como registra Diego Arguelhes, o STF, apesar da ampla reformulação promovida pela Constituição Federal de 1988, optou por um longo período em restringir os seus poderes e não participar mais intensamente na política, relegando decisões dessa natureza à arena majoritária – o que apenas foi alterado no início do século XXI¹⁰⁵. Não obstante as diversas hipóteses enunciadas pelo autor para esse fenômeno, essa observação demonstra que não é possível compreender o papel desempenhado pela Corte sem analisá-la a partir do contexto político em que está envolvida.

Destaco, no entanto, que não almejo *a priori* discutir com esse debate a existência de órgãos com primazia para deliberar sobre determinadas matérias. Em que pese apontar Ferejohn que determinadas matérias podem ser mais bem apreciadas por órgãos majoritários, administrativos ou judiciais a depender de sua natureza¹⁰⁶, o que entendo se defrontar com esta discussão é o grau de legitimidade que o Supremo Tribunal Federal possui em sua tomada de

¹⁰⁵ Como registra o autor, durante os períodos iniciais de vigência da Constituição Federal de 1988, a Suprema Corte entendeu no julgamento da ADI 02 que seria incabível a declaração de inconstitucionalidade de normas anteriores a norma constitucional em vigência. “Segundo a maioria dos Ministros, que acompanhou o voto do Ministro Paulo Brossard, a previsão constitucional referente às Ações Diretas de Inconstitucionalidade não dava ao STF poder para julgar, em sede de ADIn, a compatibilidade de leis pré-constitucionais com a Constituição de 1988”. In: ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder Não é Querer: Preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização**. Brasília: Universitas/Jus, 2014.

¹⁰⁶ FEREJOHN, John. **Judicializing Politics, Politicizing Law**. Duke University School of Law, 2002, p. 45.

decisão, que será influenciada concomitantemente por diversos fatores, sejam normativos, de composição, da fragmentação do sistema político, entre outros.

Essa legitimidade, como defendido por Conrado Mendes, é um fator provisório e altamente instável¹⁰⁷. Isto é, a lógica da separação de poderes e das características próprias do regime político, especialmente nesta linha abordada de alta fragmentação decorrente do presidencialismo de coalizão brasileiro, possibilita que constantemente ocorram variações na capacidade deliberativa de cada órgão institucional. Em outras palavras, não há uma *última palavra* que defina a autoridade de cada ator institucional. O Supremo Tribunal Federal, assim como o Congresso Nacional e outros órgãos administrativos, sofrem constantemente tais variações que, ao final, impactam a formação de suas decisões.

Isso quer dizer que regras procedimentais isoladamente e concepções idealistas sobre uma Corte mais ou menos ativistas, não são capazes de explicar de forma aprofundada o papel que verdadeiramente desempenha ou sequer estrangê-la a adotar postura diversa a criticada. Ao invés disso, em linha similar do que afirmo ao longo deste trabalho, “essa obsessão produziu um efeito teórico diversionista, que reduziu a análise de legitimidade a uma busca por quem seria detentor da autoridade mais alta”¹⁰⁸, em que pese muitas vezes ser notório o alto grau de abstração e ausência de aspectos empíricos que deem sustentação a essas observações, sejam aqueles que defendem uma primazia da vontade legislativa ou outros que veem no Judiciário um bastião da defesa dos direitos fundamentais e do progresso.

Como abordei no capítulo anterior, há uma série de fatores que têm sido comprovados empiricamente influenciar o procedimento deliberativo da Corte. A exemplo disso, o crescimento da fragmentação política em paralelo a expansão do poder do STF, abordado no item 5.1., é elementar para visualizar a crítica ora realizada. Essa divisão entre grupos políticos, apesar de crescente na realidade brasileira, pode sofrer variações circunstanciais. Isto é, é possível que grupos políticos divergentes compreendam de maneira uniforme numa determinada matéria, gerando um amplo grau de coesão na deliberação parlamentar. Em tais casos, seria natural que a Corte não deliberasse sobre o tema, se assim o fizesse, tivesse sua decisão superada por novo entendimento legislativo ou até mesmo fossem adotadas medidas mais reativas ao Tribunal.

¹⁰⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008, p. 180.

¹⁰⁸ MENDES, 2008, p. 180.

Como salienta Conrado Mendes, decisões quando carecidas legitimação perante os atores institucionais e a sociedade tendem a ser superadas por outras que se demonstrem mais “democráticas”¹⁰⁹. Em sentido similar, ainda que de forma divergente a sua própria tese central, mesmo Luís Roberto Barroso admite o critério de legitimidade, não obstante primar pela defesa da legitimidade judiciária. Para o autor, há uma preferência que órgãos políticos deliberem sobre matérias controversas, não obstante que haverá sempre a possibilidade da mudança do paradigma decisório pela Suprema Corte. Em sua acepção, este critério de legitimidade ocorre pela conformação das regras constitucionais e da ordem democrática, sendo dedutível a inexistência de um posicionamento definitivo que poderia variar conforme as decisões proferidas pelo Congresso Nacional ou pelo STF¹¹⁰.

Entendo que esse panorama corrobora a necessidade de superação de teorias que concentraram o debate sobre o Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas a uma dicotomia, onde de um lado estavam os defensores da soberania da vontade parlamentar e de outro defensores de juízes na posição de vanguarda da defesa da ordem constitucional e dos direitos fundamentais. Teorias e pesquisas modernas têm corroborado empiricamente que, distintamente a esses entendimentos, há uma interação constante entre os processos decisórios da arena política e do campo judicial, não sendo possível reduzir tais discussões a um plano meramente idealizado.

O Supremo Tribunal Federal não se pauta exclusivamente por fatores normativos, especialmente em sede do *judicial review*, como se para declaração de inconstitucionalidade de uma norma bastassem teorizações de incompatibilidade com a Constituição Federal. As regras e princípios, apesar de serem fatores de importância essenciais, não operam isoladamente neste

¹⁰⁹ Em seus termos, “mesmo que se aceite a hipótese da qualidade mais ou menos democrática de instituições isoladas, dentro da lógica da separação de poderes, aquela que for ‘mais democrática’, caso discorde, sempre poderá responder. Se outra, de fato, for ‘mais democrática’, dificilmente poderá ser derrotada por muito tempo”. In: MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008, p. 181.

¹¹⁰ “Political decisions should be taken by those who indeed receive votes. Therefore, the Legislature and the head of the Executive branch have a prima facie general preference in dealing with all matters of interest for the Government and society. And, when they have acted, the courts must be deferential toward the legislative or administrative choices made by public officials legitimated by popular vote. The constitutional jurisdiction should only be imposed in such cases if the opposition to the Constitution is clear, or if an offense to fundamental rights or to the rule of law has taken place. However, as the reader will have intuited so far, the constitutional jurisdiction plays a greater role when the Legislature has remained silent. It is in the normative gaps or unconstitutional omissions that the Supreme Court assumes an incidental leading role”. In: BARROSO, Luís Roberto. **Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts**. In: BUSTAMANTE, Tomás. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Democratizing constitutional law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism*. Dordrecht: Springer Netherlands, 2016, p. 15.

processo, sendo até mesmo inviável estabelecer de forma prévia quando terão graus de importância mais elevados que outros fatores não previstos na legislação.

É preciso considerar, na linha que descreve Bogéa, que há uma relação “simbiótica”¹¹¹ entre os órgãos institucionais. Portanto, somente através de uma análise conjugada, será possível compreender a dinâmica institucional que lhes regem, sem que se admitam concepções idealizadas sobre uma separação de poderes que apenas existiriam no plano teórico, onde todos os órgãos estariam bem delimitados a partir do que dispõem seus regramentos atuando de forma harmônica e dialógica.

Como bem destaca Juliano Zaiden Benvindo¹¹²:

Harmonia, diálogo institucional são palavras mágicas, ressoam com uma beleza sonora que convence, persuade, acalma os ânimos. Talvez representem aquilo por que mais se anseia quando se trata de defender a estabilidade das instituições. Por outro lado, elas talvez escondam o que ocorre na prática, nos jogos inerentemente políticos – e, pois, marcados pelo desacordo em grande medida – que ocorrem entre os Poderes e dentro de cada um deles. (...)

O diálogo constitucional, assim como ele o denomina, está, na verdade, na compreensão de que o constitucionalismo democrático é marcado por uma ampla interação entre os diferentes Poderes e, sobretudo, pelo reconhecimento do caráter nitidamente político de todos eles, respeitando-se, naturalmente, suas diversidades nesse aspecto. Assim, por exemplo, é altamente falacioso acreditar que o Judiciário é meramente um Poder técnico e, desse modo, alheio à política, aos jogos de poder, como se o âmbito do Direito discutido pelos tribunais fosse o local da sabedoria, da dignidade interpretativa, da racionalidade, enquanto o da política seria um mundo sombrio, imprevisível, caótico e irracional.

Portanto, é necessário analisar a realidade como ela se apresenta. Como sustentado desde os momentos iniciais deste trabalho, não é possível reduzir o STF a teorias jurídicas que ignorem os aspectos jurídicos que permeiam a sua atuação. Há uma longa gama de fatores que influem no modo de atuação da Corte, e que são incabíveis de previsão legislativa. Isso não quer dizer que se deva abandonar a pretensão de influência e previsibilidade da norma, ao invés disso, que é imprescindível que se analise a Corte pelo que é e não pelo que deveria ser – apenas assim será possível encontrar respostas e soluções para os dilemas que lhe são apresentadas. Parece-me, no entanto, que há um longo percurso nessa jornada no âmbito das pesquisas jurídicas.

¹¹¹ BOGÉA, Daniel. **Partidos Políticos e STF: Decifrando a simbiose institucional**. Curitiba: Appris Editora, 2021.

¹¹² BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília. 2014, p. 73.

8. A NECESSIDADE DA SUPERAÇÃO DOS PADRÕES DAS PESQUISAS JURÍDICAS SOBRE O STF

O presidencialismo de coalizão brasileiro "enredado em atendimentos de pleitos políticos *ad hoc*" incentivou o constante acionamento do Supremo Tribunal Federal para resolver “demandas provenientes da falta de resolução dos problemas das liberdades públicas”, afirma Lenio Streck¹¹³. Por consequência, tudo acabaria no Tribunal, sejam pautas provenientes aos costumes, matérias atinentes ao alegado combate à corrupção, a contestação de atos políticos por grupos minoritário, entre outros – nada escapa ao seu referendo. A concepção de um órgão judicial inerte, cuja atuação depende do seu acionamento por atores externos, nada mais se tornou que um argumento de constante uso pelos seus membros¹¹⁴, para que se abstenham de alguma parcela de influência pela constante judicialização da dinâmica política brasileira.

Apesar da afirmação feita pelo jurista, acerca da correlação recíproca existente entre a ordem política brasileira e a atuação da jurisdição constitucional, como descrevi ao longo deste trabalho, tal debate seguiu ao largo nas últimas décadas das discussões tratadas no âmbito das faculdades de Direito e das visões tradicionais do papel desempenhado pela Suprema Corte no âmbito do controle de constitucionalidade. Ao invés de um avanço nos aspectos empíricos do processo deliberativo do STF e seus fatores de influência, adotou-se um posicionamento descritivo, ainda que dotados de pontuais divergências entre os autores, a partir de premissas teóricas.

De um lado, parcela significativa das pesquisas jurídicas se empenharam em descrever o denominado ativismo judicial como um pressuposto fundamental a conservação da supremacia da Constituição¹¹⁵, por outro parcelas se empenharam a questionar o aspecto democrático das alegadas subversões a vontade do Congresso Nacional. Este debate, como afirmei, demonstrou-se carecido de importância prática, na medida em que não possuía

¹¹³ STRECK, Lenio. **Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão**. Rio de Janeiro: Revista Direito, Estado e Sociedade, 2014, p. 88-89.

¹¹⁴ Exemplificando esta argumentação, o ministro do STF, Luiz Fux, ao defender a existência de um controle de constitucionalidade prévio da legislação, afirmou que essa capacidade deliberativa não afetaria as competências legislativas. “O Judiciário, como sempre, só se manifestaria se provocado. Não tomaria o lugar do Legislativo”. In: FUX, Luiz. “**Opinião pública não pode pautar o Supremo**”. Brasília: Consultor Jurídico. Entrevista concedida a Rodrigo Haidar, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-19/entrevista-luiz-fux-ministro-supremo-tribunal-federal/>>.

¹¹⁵ De forma ilustrativa, Ramos Tavares aponta que a Suprema Corte desempenha uma função estruturante, cuja função é de “calibração do sistema, eliminando os elementos (normativos) indesejáveis (incongruentes), as práticas e omissões inconciliáveis com os comandos constitucionais”. In: TAVARES, André Ramos. **Justiça constitucional Superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional**. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, 2009, p. 168.

influência relevante sobre a realidade prática em razão das discussões travadas serem restritas a visões ideológicas.

Todavia, se os estudos sobre o Supremo Tribunal Federal encontraram pouco espaço para se aprofundar em maiores fundamentos empíricos no âmbito do direito, que seguiu enclausurado a premissas normativistas, esta mesma afirmação não pode ser feita em relação às demais ciências sociais, em especial a Ciência Política. Ao longo das últimas décadas, estudos que, infelizmente, tiveram pouca recepção entre as teorias jurídicas, têm demonstrado que “a dinâmica política da conjuntura define, em grande medida, a probabilidade de determinado ator acionar o STF a fim de atingir seus objetivos”¹¹⁶, como descrevem Leandro Molhano Ribeiro e Diego Werneck Arguelhes e foi abordado nos momentos anteriores deste trabalho.

Nesse contexto, há um consenso entre os cientistas sociais que, dada a expansão de agendas interdisciplinares e métodos de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal, não é mais possível que os estudos sobre o órgão sejam pautados pelos conceitos de “judicialização da política” e “ativismo judicial”¹¹⁷. A concepção desses conceitos pressupõe que a postura adotada pela Corte sobre a atividade política deriva exclusivamente ou, ao menos, preponderantemente, de uma conduta própria dos seus membros que poderia ser alterada apenas pela mudança de paradigmas ideológicos. Todavia, a realidade política e a dinâmica da separação de poderes é muito mais complexa do que seria possível observar através desses preceitos.

Pesquisas binárias que pautam a Corte sobre essas premissas pouco acrescentam as discussões que têm sido produzidas no âmbito das ciências sociais, de notável maior rigor metodológico. Daí porque afirma Luciano Da Ros, em concepção a que me filio, da “necessidade de superar a persistente ênfase descritiva dos trabalhos locais e de analisar em maior profundidade os temas e perspectivas teóricas até então ignoradas”¹¹⁸. Parece-me pouco justificável que a academia siga dispendendo tempo e recursos para promover discussões e debates, cujo objeto já foi exaurido e superado por abordagens mais aprofundadas e sustentadas

¹¹⁶ RIBEIRO, Leandro Molhano. ARGUELHES, Diego Werneck. **Contextos da judicialização da política: Novos elementos para um mapa teórico**. São Paulo: Revista DireitoGV, 2019, p. 2.

¹¹⁷ SILVA, Jeferson Mariano. **Mapeando o Supremo: As posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017)**. São Paulo: Dossiê STF em discussão, *Novos Estudos Cebrap* 37, 2008, p. 35-36.

¹¹⁸ DA ROS, Luciano. **Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos**. In: ENGELMAN, Fabiano (org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 58-59.

por observações empíricas, mas, quase paradoxalmente, mantém incólume premissas equivocadas sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal na atualidade, ao menos no âmbito jurídico.

No âmbito do direito comparado, a área de estudos denominada *comparative judicial politics* tem apresentado alternativamente abordagens diversas as criticadas, na medida em que enfatiza os aspectos políticos, sociais, econômicos, culturais, entre outros, para compreender o papel de instituições judiciais e quasi-judiciais. Assim, esses aspectos são analisados como variáveis essenciais para explicar os fenômenos decorrentes do sistema de justiça, a exemplo da ascensão das Supremas Cortes no Brasil e em outros países de democratização recente¹¹⁹.

Com base nas enunciações formuladas por Matthew Ingram, aponta Da Ros quatro linhas de pesquisa que demonstram abordagens promissoras para compreender as Supremas Cortes, especialmente em países latino-americanos, para além das suas enunciações descritas no âmbito normativo¹²⁰:

Quadro IV – Linhas de pesquisa sobre as Supremas Cortes

CORRENTE	OBJETO DE PESQUISA
Construção Institucional	O objeto de estudo acerca da <i>construção institucional</i> visa responder as razões pelas quais as elites políticas expandem os poderes de Tribunais e outros órgãos de controle, permitindo-lhes maior interferência na atividade política.
Acesso às Cortes	O ponto sobre o <i>Acesso às Cortes</i> envolve responder, uma vez definida a estrutura institucional, quais atores têm capacidade e legitimidade de acessar a Suprema Corte, bem como quais são os reflexos desse acesso por essas partes.
Comportamento Decisório	Em relação ao <i>Comportamento Decisório</i> , trata-se de compreender qual é o padrão decisório da Suprema Corte. Isto é, como são decididos os casos judicializados, tanto em

¹¹⁹ DA ROS, Luciano. **Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos**. In: ENGELMAN, Fabiano (org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 60.

¹²⁰ DA ROS, 2017, p. 61-65.

	relação ao mérito das questões, como a utilização de mecanismos processuais.
Impacto e implementação das decisões	Por fim, a questão atinente ao <i>impacto e implementação das decisões</i> visa observar a consequência das decisões da Suprema Corte sobre as políticas públicas. Isto é, há eficácia nas decisões? De qual forma e em qual medida são adotadas? Entre outros questionamentos.

Entendo que esses objetos de pesquisa têm como enfoque aspectos que permitiram preencher as amplas lacunas deixadas em aberto pela abordagem jurídica. Sob o risco de uma breve repetição, a forma como o *judicial review* é frequentemente abordado pelo Direito e, especialmente, em análises de menor rigor teórico, expõe um sistema de controle de constitucionalidade que funcionaria sob uma lógica binária. Isto é, (I) a norma jurídica é inconstitucional e, logo, deve ser afastada do ordenamento jurídico) ou (II) a norma é constitucional e, portanto válida. No entanto, essa forma de análise, além de sua inerente superficialidade, expõe aos estudantes e operadores do direito um sistema que apenas existe no plano ideal, em prevalência a um debate empobrecido como destacado por Da Ros¹²¹:

Ao se enfatizar essa perspectiva, todavia, parcela importante dos analistas brasileiros acabou se voltando a um debate acadêmico relativamente empobrecido e que pouco contribui para elucidar vários temas caros à subdisciplina de *comparative judicial politics*, como o comportamento judicial, a seleção dos magistrados, as interações estratégicas entre Poder Judiciário e demais órgãos do Estado, a implementação das decisões judiciais, a mobilização do direito, o ativismo judicial, a independência, e a responsabilização dos juízes individuais e do Poder Judiciário como um todo, entre vários outros.

Por essa razão, a aproximação do direito de abordagens de maior observação dos aspectos empíricos e essencialmente políticos, como defendo ao longo deste trabalho, têm como enfoque possibilitar que o direito observe o controle de constitucionalidade e a atuação da Suprema Corte como ela é, não como se pensa que deveria ser na visão jurídica. Isso, por sua vez, exige um afastamento, ainda que momentâneo, de concepções meramente normativistas ou em conceitos de *checks and balances* que não atribui importância a alta complexidade em que se opera as relações entre os poderes, especialmente num presidencialismo de coalizão

¹²¹ DA ROS, Luciano. **Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos**. In: ENGELMAN, Fabiano (org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 85.

caracterizado por sua elevada fragmentação e disputa pelos espaços de poder entre os diversos atores institucionais.

Isso não quer dizer que o Direito deva abandonar a sua essência normativa em prol de abordagens políticas, de forma que matérias sejam pautadas por critérios de conveniência político-institucional, especialmente quando se trata de temas regulamentados pela legislação, a exemplo do próprio controle de constitucionalidade e dos limites de atuação de um órgão como o Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, como afirmado ao longo do capítulo I deste trabalho, um sistema de regras confere previsibilidade e garante maior segurança jurídica nas relações sociais e tal eficiência deve ser igualmente buscada na relação entre os poderes. Trata-se a questão de buscar outros métodos efetivos para compreender o tema, sem que isso importe em alterações de padrões comportamentais dos seus agentes.

A manutenção desses debates distantes ao campo do Direito originou não apenas teorias díspares da realidade, como as infundáveis discussões conceituais e ideológicas sobre a judicialização da política e o ativismo judicial, mas também contribuíram para que os próprios juristas não compreendessem e, por conseguinte, oferecem alternativas a questões que são inerentes a atuação. Penso que ocupar esses espaços significará não compreender esses temas de forma mais profunda, mas também contribuirá para lhes enriquecer e apresentar novas soluções para a dinâmica institucional do STF.

9. A QUEM INTERESSA O ENTRINCHEIRAMENTO DO DIREITO AO NORMATIVISMO? UMA VISITA AOS *LUGARES COMUNS* NO DEBATE JURÍDICO

"Qualquer assunto que tenha natureza constitucional, uma vez judicializado, a palavra final é do Supremo Tribunal Federal", com essa afirmação reagiu o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, às declarações do então Presidente da Câmara dos Deputados, Marco Maia (PT-RS), que apontou a necessidade de uma "postura enérgica" e "intransigente" por parte do Parlamento em relação as decisões da Corte que foram consideradas como ofensivas aos limites e competências dos legisladores¹²². O episódio ocorrido no início do ano legislativo em 2013 – que não foi um caso isolado na relação entre os poderes nas últimas décadas – demonstra os ânimos acalorados que cotidianamente pautam as

¹²² Consultor Jurídico. "Questão constitucional cabe ao STF, reafirma Barbosa". Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-fev-04/stf-palavra-final-assuntos-constitucionais-barbosa/>>.

relações entre os órgãos, em detrimento a concepção de harmonia amplamente ressaltada na teoria jurídica.

Para além de apenas um conflito eventual entre os poderes sobre um tema posto, este caso sintetiza uma disputa existente e, cada vez mais, crescente de a quem competiria a *última palavra* sobre a interpretação constitucional. Como destaquei ao longo deste trabalho, essa discussão tem se mostrado superficial e, principalmente, irrelevante. O processo deliberativo que envolve a interpretação constitucional e a mudança dos seus paradigmas decisórios envolve uma série de variáveis, cuja enunciação não é possível ser reduzida, de forma que se encontre num quadro idealista a quem compete cada atribuição, de forma que há uma constante disputa entre a Corte e o Parlamento sobre a manutenção de suas decisões. A noção de um “guardião” da Constituição nada é mais que uma disputa conceitual que, em que pese a desimportância, segue amplamente debatida no meio jurídico.

Apesar disso, alcançado os estágios finais deste trabalho, um questionamento ressoa ainda não respondido e dá título a este ponto: há quem interessa o normativismo do Direito, se este *isoladamente* não é capaz de responder às questões sensíveis e amplamente debatidas entre as pesquisas desenvolvidas no meio jurídico? De antemão, cabe destacar, sem receio de possíveis repetições dada a sensibilidade do tema, não almejo desconstituir a importância da norma como critério de regulamentação da ordem jurídica, mas debater a forma como é discutida e observada para apontar a necessidade de convergência entre os diversos fatores que influem no processo deliberativo e que, uma vez analisado com mais amplitude, possibilitará uma maior compreensão da realidade que circunda a relação entre os poderes na interpretação da legislação.

Para isso, utilizarei como plano de fundo alguns *lugares comuns* que, ao longo dos últimos anos, foram amplamente debatidos em pesquisas acadêmicas. Objetivo demonstrar, à luz das premissas que tenho apresentado, que é prejudicial a uma real compreensão do Direito que este siga entrincheirado em debates puramente normativistas, que se isolam em discussões conceituais e, em razão disso, ignoram que observações empíricas possibilitariam um conhecimento real sobre o que o Direito *é* e, possivelmente, desconstruiriam debates que nas últimas décadas nortearam o debate acadêmico.

Como destaca José Rodrigo Rodriguez, há uma necessidade inerente na pesquisa jurídica que, para que não se desligue da realidade, deva “comparar os modelos judiciais em disputa no campo teórico com dados empíricos sobre a atuação em concreto dos juízes”. Apenas

com isso seria “possível pretender que haja algum grau de correspondência entre conceito e realidade”¹²³. Apesar disso, no estado atual que se encontra a pesquisa jurídica, a tendência é que os teóricos ofereçam conceitos e pressupostos que não encontram embasamento fático com a realidade e, muitas vezes, são amparados exclusivamente por argumentos na modalidade *cherry picking*. Isto é, elegem-se casos isolados, preferencialmente de grande repercussão e, a partir disso, apresentam-se conclusões sem embasamento fático que se pretendem alçar a verdades absolutas.

Um primeiro exemplo de *lugar comum* – possivelmente o de maior proeminência – que é observado nas teorias jurídicas é a tentativa de legitimação do controle de constitucionalidade através do argumento que este atua na defesa dos direitos fundamentais. Bastante recorrente em manuais e artigos que se propõem a analisar o tema, elege-se a Corte pretensamente como um guardião dos direitos e garantias individuais, ao passo em que, ainda que implicitamente, apresentam-se os legisladores como agentes que tendem a reverter a ordem constitucional subtraindo estes direitos.

Para Luís Roberto Barroso, um autor com ampla influência neste tema, seja pelo prestígio acadêmico e pela posição de ministro do STF, as Supremas Cortes exercem com “parcimônia” um alegado papel contramajoritário, cuja função primordial é resguardar os direitos fundamentais em relação às decisões legislativas que os mitiguem¹²⁴. Aponta que a deferência a vontade do legislador deverá ser observada apenas quando a elaboração da legislação não contrariar tais direitos e garantias individuais. É, no entanto, contestável que o STF desempenhe este papel e, além disso, que este seja um padrão de atuação que se pretenda estável.

Não se trata de embarcar em debates conceituais, cujo objetivo na prática é observar qual teoria alcança maior prestígio e aceitação entre os juristas. Afirmar que o STF é o “guardião” da Constituição, em razão de um alegado posicionamento em defesa dos direitos fundamentais, é tão irrelevante quanto a tentativa de deslegitimar o *judicial review* por este desempenhar uma função que tende a contrariar a vontade dos órgãos representativos. Não apenas não pretendo adentrar a este debate em suas premissas, como entendo a necessidade de sua superação pelas pesquisas jurídicas. A questão que se apresenta é de observação da

¹²³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito**. São Paulo: Editora FGV, 2013, p. 65-66.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Revista Direito & Práxis, 2018, p. 2199-2200.

realidade empírica que, em alguns casos, têm demonstrado que a teoria jurídica deve buscar novos rumos para que, realmente, consiga diagnosticar e debater a realidade como de fato se apresenta.

Como apresentado no item 3 do capítulo I, a ampla pesquisa desenvolvida no âmbito da Universidade de Brasília pelos pesquisadores Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo, demonstrou que, ao contrário de alegações como a mencionada anteriormente, o STF, majoritariamente, não pauta os seus julgamentos com base em discussões que remetam ao tema dos direitos fundamentais. Pelo contrário, há uma grande proeminência de julgados que tratam de interesses corporativos de classes diversas que encontram espaço na pauta da Corte, ao menos, no período de análise entre a promulgação da Constituição Federal em 1988 e o ano de 2012¹²⁵.

Nesse sentido, apresenta-se como inverídico que o STF atue como um órgão protetor dos direitos fundamentais. Todavia, o cerne do debate não é esta constatação de forma isolada, que recairia no debate conceitual sobre o tema que aponto a necessidade de superação, mas a razão pela qual este, apesar de não encontrar suporte empírico, segue sendo uma alegação recorrente nas teorias jurídicas, motivando a elaboração de dissertações, teses e debates em cursos e manuais de direito constitucional. Defendo que este fato decorre do normativismo que norteia os debates no âmbito do direito.

Ao definir constitucionalmente através do artigo 102, caput, que “compete ao Supremo Tribunal Federal, *precipualemente*, a guarda da Constituição”, motivou-se uma série de discussões sobre o seu papel na dinâmica institucional, especialmente em paralelo ao alcance do controle de constitucionalidade e a capacidade de sua interferência na atividade política ordinária. Como resultado desse debate, parte relevante da doutrina jurídica passou a admitir o *judicial review* não apenas como um instrumento de conformação da norma ordinária em face aos ditames constitucionais, mas que este seria fundamental para garantir a prevalência dos direitos fundamentais. Decorreu dessa mesma compreensão os infundáveis debates sobre a contraposição entre a noção de ativismo e autocontenção judicial.

Entretanto, essas falsas compreensões apenas são possíveis quando o debate empírico é posto de segundo plano em prol de discussões jurídicas conceituais pautadas por lógicas

¹²⁵ COSTA, Alexandre Araújo. BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

meramente normativistas. É certo que, seja qual fosse a afirmação teórica, não é possível apontar um órgão como detentor de determinada postura institucional apenas por discussões abstratas sobre as normas que o regulam ou, de igual forma, sobre qual seria a melhor forma de estruturá-lo em relação aos demais poderes. Posturas similares, como tenho alertado ao longo desta dissertação, têm impedido que o Direito avance a agendas mais amplas de observação e compreensão do papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal na atualidade, especialmente acerca dos pressupostos políticos que interferem em seu funcionamento, como abordado no capítulo II.

Ao invés disso, têm predominado nas pesquisas jurídicas uma lógica de discussão com base em argumentos de autoridade, como descreve José Rodrigo Rodriguez. Ao invés de uma observação empírica da realidade institucional, prevalece nas discussões jurídicas “articulação de opiniões acompanhadas da citação, sem contextualização ou análise, de uma série de ‘jurisprudências’ e ‘doutrinas’”¹²⁶, que resulta numa análise superficial do modo de atuação da Corte. Para se manter no caso da atuação contramajoritária em prol dos direitos fundamentais, utiliza-se, por exemplo, casos de ampla repercussão na mídia (descriminalização do porte de drogas¹²⁷, por exemplo) para se ratificar o entendimento de uma Corte “iluminista”, mesmo que esta argumentação seja descolada da realidade fática quando contraposta a uma observação mais ampla.

Outro *lugar comum* em parte explorado ao longo desta pesquisa, é a concepção de existência de diálogos institucionais entre a Suprema Corte e o Parlamento. Como descrevem Peter Hogg e Allison Bushell, no âmbito da experiência canadense, este fenômeno decorreria que deliberações da Suprema Corte que anulam normas elaboradas pelo Parlamento provocam intensos debates no âmbito legislativo, ao que os parlamentares poderiam superar estas decisões através de uma nova lei que respeite o entendimento judicial, mas alcançasse os objetivos políticos anulados¹²⁸. Esta agregação de fatores seria decorrente de uma relação dialógica entre ambos os poderes em busca da melhor conformação legislativa em face da norma constitucional.

Essa teoria, importada para a experiência brasileira e amplamente debatida no meio jurídico, apresentou-se ao longo das duas últimas décadas como uma explicação para resolver

¹²⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito**. São Paulo: Editora FGV, 2013, p. 77.

¹²⁷ Recurso Extraordinário 635.659/SP.

¹²⁸ HOGG, Peter. BUSHELL, Allison. **The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)**. Toronto: Osgoode Hall Law Journal, 1997, 79-80.

o impasse decorrente do conflito entre as alegações de um STF ativista e a necessidade de uma maior deferência às deliberações legislativas. Na prática, ao invés de assumir um lado no debate, a teoria dos diálogos se apresentava como uma concepção “apaziguadora”, sob a qual se buscava apontar que este conflito entre as respostas legislativas e jurisdicionais poderiam gerar uma terceira via, que fosse mais benéfica aos mandamentos constitucionais e a vontade política.

Apesar de inexistir disposição constitucional que incentive esta prática dialógica, pesquisas jurídicas passaram até mesmo a indicar o diálogo institucional como um método de ampliação do caráter democrático do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, afirma Sérgio Victor que “o diálogo institucional ao trazer para o centro do debate constitucional o Poder Legislativo com seu teor de representatividade popular, certamente incrementa os índices democráticos do modelo de controle e interpretação da constituição”¹²⁹. Em sua tese, aponta o autor que o diálogo ocorre no Brasil, em seu método mais recorrente, através da aprovação de uma legislação como resposta a uma decisão do Supremo Tribunal Federal.

Parece-me questionável afirmar a existência de um diálogo entre os poderes em razão do uso de instrumentos legislativos para a superação de decisões judiciais. Retomando a própria conceituação utilizada por Hogg e Bushell, a existência de um diálogo institucional pressupõe que, de forma ainda que minimamente coordenada, haja uma atuação conjunta entre o Legislativo e o Judiciário para que as decisões judiciais defendam a manutenção da vontade constitucional, ao passo em que não mitigue por completo a vontade legislativa; e vice-versa. A mera superação de paradigmas decisórios de um poder sobre o outro aponta, na verdade, para uma disputa de posicionamentos entre esses órgãos que em nada se revela harmônica como pressupõe um “diálogo”.

A exemplo disso, para citar um caso apresentado pelo próprio Victor em sua pesquisa, o STF possuía um entendimento, previsto na Sumula 394¹³⁰, que o foro por prerrogativa de função se mantinha mesmo após cessadas as funções que lhe originaram. Na ADI 2.860 a Corte superou esse entendimento e rejeitou a manutenção do foro após a descompatibilização do servidor do cargo. Como resposta o Congresso Nacional aprovou a Lei Federal nº 10.628/2002, que estendia o foro nos mesmos moldes do previsto na referida Sumula que, posteriormente,

¹²⁹ VICTOR, Sérgio Antônio. **Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 185.

¹³⁰ Sumula 394 – Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte através da ADI 2.797. Em seguida, uma série de propostas de emenda à Constituição foram apresentadas sobre o tema¹³¹. Entendo que a afirmação de existência de um diálogo institucional em casos como esse se contrapõe a concepção de sua teoria.

Ao que se apresenta, as sucessivas superações de entendimento entre o STF e o Parlamento neste caso ilustram um embate sobre qual entendimento prevaleceria, sem que houvesse margens para um posicionamento intermediário decorrente de “diálogo”. Trata-se de “uma sobreposição de monólogos entre o Legislativo e o Judiciário”, como descrevem Daniel Hachem e Eloi Pethechust em artigo sobre o tema¹³². No entanto, não é a verificação caso a caso ou os conceitos de diálogo institucional que importam para este momento do debate, os exemplos são ilustrativos, o problema que se apresenta reside no método que estes temas são abordados na pesquisa jurídica.

A teoria dos diálogos institucionais não é superficial meramente por seu conceito ou por defender um grau de harmonia inexistente na relação entre os poderes, seria possível que, em algum grau de maturidade institucional, fosse possível alcançar as suas premissas e se institucionalizasse a sua prática no país. O problema da sua importação para a teoria jurídica no Brasil decorre da ausência de uma observação ampliada que possa corroborar se é possível ou não indicar que há uma prática, ainda que num número reduzido de casos, de uma atuação coordenada entre a Suprema Corte e o Congresso Nacional na conformação dos ditames constitucionais.

O debate sobre o diálogo institucional parece decorrer da importação de teorias “que não têm qualquer ligação com nossa realidade institucional”¹³³. Isto é, o mero fato de uma teoria jurídica ser demonstrada na experiência comparada permitiu que, sem grande embasamento ou confirmação de hipóteses, fosse importada e teorizada em nossa realidade, sem que para isso se realizassem estudos que apontassem a possibilidade de sua utilização como método de explicação dos problemas que aborda. Cenários como esse têm sido incentivados pela incapacidade do Direito em avançar em novos campos de estudos, de forma que permanecemos

¹³¹ PIMENTEL, Diego Ferreira. **O Congresso Nacional e a Judicialização da Política: A influência da deliberação parlamentar na tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o foro por prerrogativa de função**. Brasília: Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, 2020, p. 189-194.

¹³² HACHEM, Daniel Wunder. PETHECHUST, Eloi. **A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos?**. Curitiba: Revista de Investigações Constitucionais, 2021.

¹³³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito**. São Paulo: Editora FGV, 2013, p. 68.

elaborando teorias pressupondo que correspondam a realidade do que *é* o Direito, ainda que sem substrato fático¹³⁴.

Por fim, o debate sobre a judicialização da política e o ativismo judicial é um interessante tema para analisar a ideia dos *lugares comuns* que norteiam os debates jurídicos, ao passo que expõem as suas fragilidades. Como descrevi no primeiro capítulo, a pesquisa em Direito focou em recorrentes debates sobre a legitimidade ou não de matérias políticas serem transferidas para o Supremo Tribunal Federal, bem como para outros órgãos judiciários e administrativos. Apesar disso, essas pesquisas foram incapazes de adentrar áreas mais aprofundadas sobre o tema.

Definida por Torbjörn Vallinder como “the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts”¹³⁵, a judicialização da política foi recepcionada entre os juristas estritamente no âmbito de uma disputa conceitual. O maior ponto de debate nas pesquisas desenvolvidas foi afirmar ou contrariar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal deliberar em matérias que, num primeiro momento, deveriam ser debatida pela classe política. Este debate é ilustrado pelo episódio relatado no início deste ponto, onde o então presidente da Câmara dos Deputados afirmou a necessidade de medidas em face das tomadas de decisão do STF em matérias políticas.

Na mesma linha que afirmei anteriormente, as pesquisas jurídicas foram incapazes em se aprofundar num tema que, paradoxalmente, mobilizou grande parte das suas produções nas duas últimas décadas. As suas discussões foram reduzidas a interpretação se seria cabível, sob um ponto de vista institucional e filosófico, permitir que uma mudança de paradigma da atuação dos poderes que matérias fossem deslocadas de um órgão de natureza representativa ao Judiciário. Sob esse aspecto, não se pôde compreender as razões de ocorrência desse fenômeno, os seus fatores de ampliação e mitigação, bem como as suas reais consequências na dinâmica institucional.

Apesar disso, o tema não apenas permaneceu como um *lugar comum* nas pesquisas jurídicas, como se tornou um termo popular para criticar – com alto grau de superficialidade – quaisquer decisões da Suprema Corte de grande repercussão que contrariassem o interesse de

¹³⁴ RODRIGUEZ, 2013, p. 68

¹³⁵ VALLINDER, Torbjörn. **When the Courts Go Marching In**. In: TATE, Neal. VALLINDER, Torbjörn (org.). *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995, p. 13-14.

determinado grupo social, inclusive por pessoas distanciadas do debate jurídico. Em razão disso, coube a outras áreas de pesquisa, em especial a ciência política e a sociologia, pesquisar com maior profundidade a judicialização da política, a exemplo da clássica obra de Werneck Vianna¹³⁶, produzida ao final do século XX, num momento em que ainda pouco se discutia sobre o tema entre os juristas.

Não se trata, como tenho ressaltado, de descredibilizar possíveis críticas ou mesmo opiniões favoráveis a posturas mais ativistas do Judiciário, especialmente em matérias de elevada controvérsia social, inertes no âmbito legislativo. Essa discussão não é cabível neste momento. O problema deste debate é que, sem maior aprofundamento sobre essas temas, sequer há a capacidade de entender as suas reais dimensões. A judicialização da política e o ativismo judicial não são resultados de uma postura isolada de magistrados que têm menos respeito à atividade legislativa, há uma série de fatores, especialmente de ordem política como descrito no capítulo II, que influem sobre essa realidade.

Não ocupar essas linhas de pesquisa significa manter o Direito em debates superficiais, que são incapazes de observar as razões que explicam o funcionamento de nossas instituições, reduzindo essas discussões a pontos de vista idealistas sobre o que estas *deveriam ser* a partir da interpretação de normas jurídicas abertas, bem como considerar como inquestionáveis enunciações que visam explicar e legitimar determinadas condutas, mesmo que não haja fundamentos fáticos, especialmente quando apresentadas por autores com maior “credibilidade” doutrinária.

Isso não quer dizer que o Direito deva abandonar a sua agenda normativa ou desconsiderar as explicações que sejam provenientes primordialmente da legislação. O que defendo ao longo deste trabalho é que, de forma complementar, é imprescindível que a pesquisa jurídica seja ampliada para observações empíricas e dialogue com outras áreas das ciências sociais, de modo que seja possível comparar e diferenciar a teoria da realidade e, se assim for necessário, compreender o que é preciso alterar para que o Direito e as instituições não sejam utilizadas de forma estratégica para alcançar interesses individuais e coletivos contrariamente ao que dispõe a própria legislação.

¹³⁶ VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Resende de. MELO, Manuel Palacios Cunha. BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

Como descreve José Rodrigo Rodriguez, a ausência de análises empíricas no âmbito do jurídico tem como resultado que as suas teorias são formuladas a partir de pressuposições, ao invés de observações da realidade¹³⁷:

De qualquer forma, fica claro que, ao se ler uma determinada teoria da racionalidade jurisdicional, não se pode simplesmente pressupor que ela seja adequada para descrever o funcionamento real do Poder Judiciário. (...)

Diante da falta de pesquisas empíricas sobre o assunto, em especial no Brasil, é muito difícil mudar o padrão da pesquisa no campo da teoria do direito. Até que esse quadro mude, seremos todos obrigados a escrever teorias pressupondo que elas sejam uma boa descrição do direito como ele é. Afinal, não dispomos de dados empíricos organizados sobre a racionalidade jurisdicional.

Em sentido similar, Virgílio Afonso da Silva aponta como a doutrina brasileira “recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior”. A crítica, situada no âmbito do debate dos princípios da interpretação constitucional, é que os nossos doutrinadores, importam conceitos e premissas estrangeiras, especialmente quando decorrentes autores tidos como privilegiados a exemplo dos juristas alemães, mesmo que não sejam provenientes “de um modelo teórico enraizado e sedimentado em um determinado país”¹³⁸. As teorias, ao invés disso, são adotadas de forma descolada da realidade e justificadas por citações abstratas às normas como fator de legitimação argumentativa.

Apesar de abordar tema diverso, a crítica feita por Afonso da Silva se aplica as premissas que apresento. A recepção, importação e criação de teorias jurídicas constitucionais no Brasil, muitas vezes, têm apresentado um completo descolamento da realidade. As suas formulações demonstram um processo peculiar de racionalidade, isto é, as teorias são elaboradas sem qualquer método de teste para observar se há correlação com o modelo que se pretende explicar. Como consequência disso, ideias que não se relacionam com o nosso sistema jurídico, pouco explicam nossa realidade ou, ao menos, não foram comprovadas, são tidas como verdades absolutas, especialmente quando amparadas por argumentos de autoridade.

Temas como a atuação contramajoritária do STF, diálogos institucionais ou a judicialização da política são apenas alguns exemplos que demonstram esta preocupação com a pesquisa jurídica, uma série de outros exemplos poderiam ser apresentados. Diante disso, é necessário que se defenda um outro modelo de abordagem do sistema jurídico brasileiro pelas pesquisas em Direito, cuja função seja adentrar em temas de ampla controvérsia e analisá-los

¹³⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito**. São Paulo: Editora FGV, 2013, p. 68.

¹³⁸ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 116-117.

empiricamente, testando as suas premissas, a sua aplicabilidade, de modo a verificar as suas consequências para a nossa realidade.

Parece-me que, diferente do que pressupõem parte das teorias jurídicas, explicações normativas não são suficientes para elucidar a complexidade do sistema jurídico brasileiro e a dinâmica da relação entre os poderes. A partir do rompimento dessa forma de observação e do aprofundamento das pesquisas jurídicas, teremos a capacidade de, em diálogo com as demais ciências sociais, elaborarmos um quadro mais detalhado sobre debates como o controle de constitucionalidade, separação dos poderes e a judicialização da política brasileira, sem incorrer em métodos superficiais e pré-concebidos que pouco esclarecessem sobre a nossa realidade institucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação do Supremo Tribunal Federal não é pautada por uma lógica *ativismo judicial/autocontenção*, em decorrência do amplo quadro de judicialização da política vivenciada no Brasil. Em que pese as amplas pesquisas desenvolvidas nas últimas décadas sobre esses temas no meio jurídico, as suas irrelevâncias e superficialidades têm sido, cada vez mais, demonstrada, a partir dos avanços demonstrados por outros métodos de análises desenvolvidos em outras searas, como a ciência política e a sociologia.

Neste atual grau de maturação das teorias jurídicas que se propuseram a observar a inserção da Suprema Corte no cenário político, em especial após a promulgação da Constituição Federal de 1988, demonstrou-se que explicações pré-concebidas em âmbitos teóricos restritos são incapazes de enunciar as razões pelas quais, antes um ator sem grande influência, o Tribunal alçou um papel de protagonismo na dinâmica institucional. A ausência de interdisciplinaridade e análises empíricas resultou em teorias de baixo rigor metodológico, em que as suas premissas pretendem alçar um posto de verdade absoluta, sem que possuam fundamentos que lhe amparem.

Teorias como a “judicialização da política”, “ativismo judicial”, “diálogos institucionais”, “última palavra”, entre outros, evidenciaram-se como uma espécie de *lugar comum*, que, em que pese pretender explicar, ainda que a partir de uma perspectiva recortada, o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, não encontraram fundamentos relevantes para a elevada complexidade que pretendiam abordar. Ao invés disso, esses termos foram objetos de disputas quase que apaixonadas, entre juristas defensores de uma alegada necessidade de autocontenção judicial em prol do Parlamento e aqueles que apontavam no STF um espaço para “empurrar a história”, em prol de uma vanguarda “iluminista” dos direitos fundamentais.

Ambas as concepções, no entanto, demonstram-se como superficiais e irrelevantes, ao mesmo passo em que, paradoxalmente, encontraram grande repercussão no meio acadêmico entre os teóricos do Direito. Desse modo, não obstante suas grandes profusões, que geraram um elevado número de teses, dissertações, artigos e livros, a demonstração dessa incapacidade têm apontado para a necessidade de superação dessa agenda pesquisa. Ao invés do exaurimento do tema, esse grande número de trabalhos sobre esses temas demonstrou que há ainda um largo caminho para se percorrer nas discussões jurídicas em debates similares.

Entendo que a estagnação na abordagem desses temas na esfera jurídica tem contribuído para que siga o Direito restrito a campos de abordagem estritamente normativistas. Como consequência, estudantes e profissionais operadores do Direito seguem balizando as suas concepções por meio de premissas idealizadas, em que o debate judicial e a atuação do Supremo Tribunal Federal, especialmente no âmbito do controle de constitucionalidade, é regido por uma lógica binária de constitucional/inconstitucional, em que os seus processos deliberativos são realizadas por uma lógica de subsunção.

Neste trabalho busquei jogar luz à essas concepções e desconstituir premissas que, lamentavelmente, ainda seguem guiando o debate jurídico. Sem pretender reduzir a importância das normas, defendo uma interseção entre os estudos realizados no âmbito das ciências sociais, principalmente da Ciência Política, com o Direito. Ainda, que a academia se ocupe de maiores análises empíricas e interdisciplinares com o debate jurídico. Não é possível que, diante dos avanços propiciados nos estudos sobre o STF, siga-se priorizando debates teóricos sem equiparação com a realidade.

Meu argumento é que, para além de destacar a irrelevância de pontos comuns recorrentes no debate jurídico, uma aproximação com a análise empírica permitirá que o Direito confronte as suas teorias com a realidade. Não se trata de reduzir a norma a um fator de irrelevância ou pautar as discussões jurídicas sob as lentes da política, onde os fatores de interesses se sobreporiam a ordem institucional, mas, sim, de observar a dinâmica institucional como, de fato, *é* para que, a partir disso, seja possível discutir e propor melhorias e alternativas a realidade como se apresenta.

Como destacado ao longo do segundo capítulo, análises realizadas no âmbito das ciências sociais têm demonstrado que há uma série de fatores que influenciam o modo de atuação do Supremo Tribunal Federal. A fragmentação do sistema político, o método de indicação dos seus ministros e a instrumentalização do controle de constitucionalidade são apenas alguns fatores que, decerto, não exaurem o debate, mas apontam para a imprescindibilidade de se aproximar a discussão sobre a Suprema Corte ao debate do sistema político brasileiro, o *presidencialismo de coalizão*.

Esse método de análise, infelizmente ainda pouco explorado pelo Direito, abre fronteiras para uma nova forma de análise no âmbito jurídico, em que o STF e o *judicial review* não são pautados por uma lógica exclusivamente normativa, mas estão correlacionados a dinâmica política e têm a sua legitimidade decisória variada, conforme os pressupostos políticos

que se interrelaciona. Para expandi-lo e superar as abordagens teóricas até então recorrentes, é necessário que a pesquisa jurídica se ocupe desses espaços e rompa com as barreiras que entrincheira as suas análises a campos teóricos.

Em razão disso, defendo que, sem afastar as normas como elemento de procedimentalização da deliberação judicial, os estudos jurídicos passem a analisar outros elementos de ordem política que influem em sua atuação. A partir disso, será possível confrontar o real grau de influência das normas sobre a atuação do STF, bem como aperfeiçoá-la para que o sistema jurídico não seja reduzido em prol de argumentações ocasionais para atender fins que não dispostos na legislação. Não se trata, portanto, de adotar os métodos de abordagem de outras ciências sociais no Direito, mas, na medida do possível, interrelacioná-los.

Caso contrário, os estudos sobre o Judiciário e, em especial sobre o Supremo Tribunal Federal, seguirão isolados em perspectivas binárias, cuja consequência é a redução da complexidade do processo deliberativo a pretensos padrões idealizados, que são incapazes de isoladamente explicar a complexidade existente no modo de atuação da Corte, em especial quando as suas decisões afetarem outros poderes. Estou convencido de que apenas com a aproximação de observações empíricas será possível alterar esse quadro, aprofundando-se nas diversas ramificações existentes nessa complexa realidade.

A Suprema Corte, como bem destacado na acepção formulada por Mendes¹³⁹, não está numa “torre de marfim”, que lhe isola das influências externas, pelo contrário, em razão das próprias disposições constitucionais e prerrogativas que lhe foram atribuídas, está imersa na dinâmica política. Sob essa realidade, teorias normativistas funcionam apenas como catalizadores de concepções sem amparo na realidade de um sistema de separações de poderes que, apesar arquitetar um plano ideal, não concebe compreender e influenciar a própria realidade em que estão inseridas.

Por essa razão, destaco como, ao longo das últimas décadas, um elevado número de pesquisas falharam em compreender o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, bem como foram incapazes de formular críticas satisfatórias a atuações entendidas como não amparadas constitucionalmente. O Direito não será capaz de entender a si mesmo e as suas

¹³⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008, p. 183

instituições enquanto isolar os seus estudos em teorias que não confrontem as suas premissas com a realidade e, ao invés disso, pautem-se na reprodução de argumentos de autoridade que se apresentam como verdadeiros devido a sua recepção doutrinária.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão: O dilema institucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de Ciências Sociais, 1988.
- _____. **Presidencialismo de Coalizão: Raízes e Evolução do Modelo Político Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- _____. **Presidencialismo y Federalismo en Brasil: Los desencuentros entre política y derecho**. Cidade do México: Instituto Investigaciones Jurídica de la UNAM, 2009.
- ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder Não é Querer: Preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização**. Brasília: Universitas/Jus, 2014.
- ATIYAH, P. S. SUMMERS, Robert S. **Form and Substance in Anglo-American Law**. Clarendon Press. Oxford, 1987.
- AZZARITI, Gaetano. **Interpretação e Teoria dos Valores: Retorno à Constituição**. São Paulo: Revista Brasileira de Direito Constitucional. 2005, p. 164; NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2013.
- BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1968.
- BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. CARVALHO, Ernani. **The Supreme Federal Court as Queen of Chess: Partisan Fragmentation and Judicial Empowerment in Brazil**. Curitiba: Revista de Sociologia e Política, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **“Barroso diz que STF não julgará descriminalização do aborto”**. Brasília: Globo News. Entrevista concedida ao Conexão Globo News, 2024. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/02/21/barroso-diz-que-stf-nao-julgara-descriminalizacao-do-aborto-acao-sobre-drogas-pode-entrar-na-pauta.ghtml#1>>.
- _____. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Revista Direito & Práxis, 2018.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Fortaleza. 2009.

_____. **Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts.** In: BUSTAMANTE, Tomás. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Democratizing constitutional law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism. Dordrecht: Springer Netherlands, 2016.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro.** Revista de Informação Legislativa. Brasília. 2014.

_____. **On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism.** Nova York: Springer, 2010.

BOGÉA, Daniel. **Partidos Políticos e STF: Decifrando a simbiose institucional.** Curitiba: Appris Editora, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442.** Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Rosa Weber.

_____. **Ação Penal 937 – Questão de ordem.** Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Julgamento: 03/05/2018. Publicação: 11/12/2018.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132.** Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Publicação: 14/10/2011.

_____. **Habeas Corpus 124.306/RJ.** Órgão julgador: 1ª Turma. Relator(a): Min. Marco Aurélio Mello. Redator(a) do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento: 29/11/2016. Publicação: 09/12/2016.

_____. **Mandado de Injunção 4.733.** Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Edson Fachin. Julgamento: 13/06/2019. Publicação: 29/09/2020.

_____. **Mandado de Segurança nº 3.557/DF.** Impetrante: João Café Filho. Impetrados: Mesa da Câmara dos Deputados e Mesa do Senado Federal, Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. Rio de Janeiro, 22 de novembro de 1955.

_____. **Recurso Extraordinário 635.659**. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 26/06/2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 7.586/SC**. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Luciana Lóssio. Brasília, 19/12/2016.

BRINKS, Daniel. **Faithful Servants of the Regime**. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999.

CONJUR, Redação. Consultor Jurídico. **Questão constitucional cabe ao STF, reafirma Barbosa**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-fev-04/stf-palavra-final-assuntos-constitucionais-barbosa/>>.

COSTA, Alexandre Araújo. BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

COUSO, Javier. **Consolidación Democrática y Poder Judicial: Los riesgos de la judicialización de la política**. Revista de Ciencia Política. 2004.

DA ROS, Luciano. **Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos**. In: ENGELMAN, Fabiano (org.). Sociologia política das instituições judiciais. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017.

_____. **Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo**. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro. 2007.

DAHL, Robert. **Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy maker**. Journal of Public Law, no 6, 1957.

DESPOSATO, Scott. INGRAM, Matthew. LANNES, Osmar. **Power, Composition and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal**. The Journal of Law, Economics, and Organization, 2014.

FEREJOHN, John. **Judicializing Politics, Politicizing Law**. Duke University School of Law, 2002.

FUX, Luiz. **“Opinião pública não pode pautar o Supremo”**. Brasília: Consultor Jurídico. Entrevista concedida a Rodrigo Haidar, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-19/entrevista-luiz-fux-ministro-supremo-tribunal-federal/>>.

GUIMARAES, Luis Gustavo Faria. **O Presidencialismo de Coalizão no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. PETHECHUST, Eloi. **A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos?**. Curitiba: Revista de Investigações Constitucionais, 2021.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge, Massachusetts e Londres: Harvard University Press. 2007.

HOGG, Peter. BUSHELL, Allison. **The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)**. Toronto: Osgoode Hall Law Journal, 1997.

KAPISZEWSKI, Diana. **Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition**. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press. 2011.

LIMONGI, Fernando. **A Democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. Novos estudos CEBRAP, 2006.

MAIA, Rodrigo. **“Depois de decisão do STF sobre aborto, Maia cria comissão para discutir tema”**. Brasília: Agência da Câmara de Notícias, 2016. Disponível: <<https://www.camara.leg.br/noticias/503814-depois-de-decisao-do-stf-sobre-aborto-maia-cria-comissao-para-discutir-tema/>>.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008.

PÉREZ-LIÑAN, Aníbal. CASTAGNOLA, Andrea. **Judicial Instability and Endogenous Constitutional Change: Lessons from Latin America**. Cambridge: British Journal of Political Science, 2014.

PIMENTEL, Diego Ferreira. **O Congresso Nacional e a Judicialização da Política: A influência da deliberação parlamentar na tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o foro por prerrogativa de função**. Brasília: Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, 2020.

POWER, Timothy. **Optimism, Pessimism, and Coalitional Presidentialism: Debating the Institutional Design of Brazilian Democracy**. Oxford: Society for Latin American Studies, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Leandro Molhano. ARGUELHES, Diego Werneck. **Contextos da judicialização da política: Novos elementos para um mapa teórico**. São Paulo: Revista DireitoGV, 2019.

RODRIGUES, Theófilo Machado Rodrigues. **Análise da Trajetória dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF): Insulamento ou Presidencialismo de Coalizão?**. São Paulo: Revista DireitoGV, 2022.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito**. São Paulo: Editora FGV, 2013.

SCHECAIRA, Fábio P. STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2016.

SILVA, Jeferson Mariano. **Mapeando o Supremo: As posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017)**. São Paulo: Dossiê STF em discussão, Novos Estudos Cebrap 37, 2008.

STRECK, Lenio. **Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão**. Rio de Janeiro: Revista Direito, Estado e Sociedade, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Justiça constitucional Superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional**. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, 2009.

- _____. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- 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. 2008.
- VALLINDER, Torbjörn. **When the Courts Go Marching In**. In: TATE, Neal. VALLINDER, Torbjörn (org.). *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995.
- VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Resende de. MELO, Manuel Palacios Cunha. BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
- VICTOR, Sérgio Antônio. **Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. São Paulo: Revista de Direito GV. 2008.
- WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review**. *New Heaven: The Yale Law Journal*, 2006.