Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

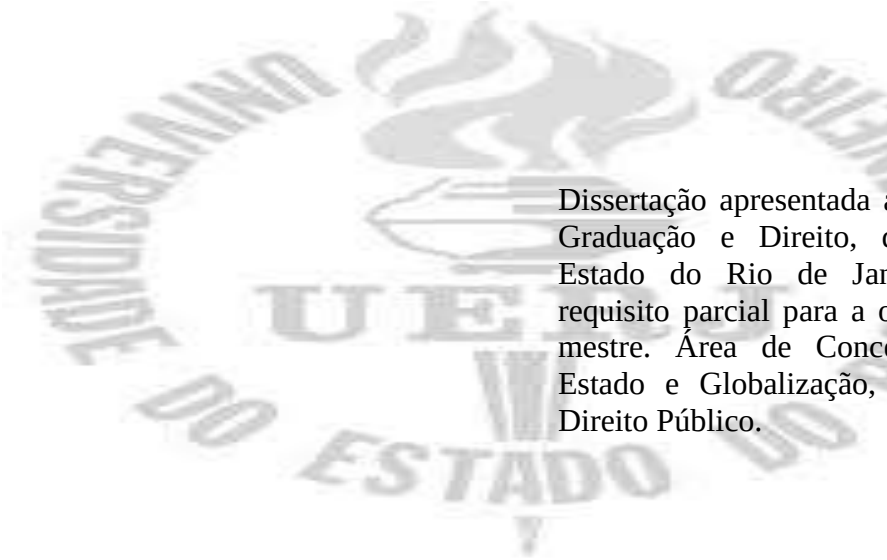
Matheus Henrique dos Santos da Escossia

Minorias, Processo Legislativo e Judicialização

Rio de Janeiro
2018

Matheus Henrique dos Santos da Escossia

Minorias, Processo Legislativo e Judicialização



Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação e Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) como requisito parcial para a obtenção do título de mestre. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização, Linha de Pesquisa: Direito Público.

Orientadora: Professora Doutora Jane Reis Gonçalves Pereira

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

E74 Escossia, Matheus Henrique dos Santos da.

Minorias, processo legislativo e judicialização / Matheus Henrique dos Santos da Escossia. - 2018.
139 f.
Orientador: Profª. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Estratégias - Teses. 2.Direito constitucional –Teses. 3.Poder legislativo – Teses. I. Pereira, Jane Reis Gonçalves. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.51(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Matheus Henrique dos Santos da Escossia

Minorias, Processo Legislativo e Judicialização

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação e Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) como requisito parcial para a obtenção do título de mestre. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização, Linha de Pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 23 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

_____

Profa. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Fabiano Guilherme Mendes Santos

Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ)

_____

Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri

Universidade Federal do Paraná

Rio de Janeiro

2018

AGRADECIMENTOS

Ainda me lembro com detalhes da chuvosa noite de quinta-feira de Belo Horizonte do dia 10 de dezembro de 2015.

Não tenho dúvidas de que foi o dia mais feliz da minha vida.

Estava em Belo Horizonte, tendo viajado apenas com a roupa do corpo (estava de terno) e uma pequena bolsa, dessas que nós usamos para trechos curtos. Não que o trajeto Vitória-Belo Horizonte seja um "pulo". Mas a minha ida a capital mineira seria um bate e volta, já que no dia seguinte, dia 11 de dezembro, iria realizar a entrevista do processo seletivo do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da PUC/MG.

Para chegar nesse dia, devo voltar alguns meses.

No dia 14 de setembro de 2015, foi divulgado o resultado da primeira fase do processo seletivo do mestrado da UERJ. Foi uma alegria "contida", digamos assim. Estar acima do ponto de corte representava um salto significativo com relação ao ano de 2014. No processo anterior, além de não ter passado, eu fiquei longe da aprovação. Bem longe.

Ocorre que eram 11 vagas. E eu estava empatado em 11º lugar, juntamente com a Priscilla Pestana e meu fraterno amigo Eduardo Lasmar. E o pior, eu era o mais novo dentre os três, o que naturalmente me deixaria de fora nos critérios de desempate.

Juro que pensei em pegar um avião ou ônibus ou qualquer meio de transporte possível para ir recorrer da nota e tentar melhorar minha posição na lista. Mas naquela segunda-feira, também chuvosa, minha mãe disse: "Acho que você não tem que recorrer. O que é seu está guardado."

Ela me convenceu.

A expectativa e ansiedade, contudo, não ficaram contidas até o dia 23 de novembro de 2015. Uma segunda-feira nublada. Cheguei no dia anterior, depois de mais de oito horas de viagem de ônibus, que passaram a se tornar hábito nos últimos dois anos. Mentalizei durante todo o

percurso: “tenho que ir bem na entrevista, minha única chance é na entrevista, a entrevista que vai ser determinante...”.

Não sei se devo interpretar aquele dia como uma derrota ou uma vitória...

Chegando na UERJ, acabei tendo a oportunidade de conhecer os demais candidatos. Conhecer é uma palavra inadequada. Visualizar os outros candidatos. Não fiquei completamente atônito, uma vez que conhecia uma das candidatas que, assim como eu, também havia feito o processo seletivo da PUC/RJ – minha querida amiga Mariana Vianna. Ainda nesse dia, nos momentos que antecederam a entrevista, tive a oportunidade de conhecer Andre Farah, outro amigo que o mestrado pôde me proporcionar.

A entrevista se deu por ordem de classificação na prova escrita. Os candidatos mais bem classificados demoraram por volta de 2 minutos na sala de entrevista. Minha amiga Mariana, por exemplo, foi questionada apenas do tema que pretendia investigar e já saiu com indicação de livro em seguida. A entrevista do Lasmar antecedeu a minha. Fiquei um pouco ressabiado, pois a entrevista dele durou mais do que as 11 anteriores.

Eis que chega o Professor Rodrigo Brandão, na porta da Sala Ricardo Lira, e chama “Matheus Henrique”. Confesso que fui trêmulo. Mas fiquei cambaleante após o Professor Luís Roberto Barroso ter se levantado da cadeira da sala para me cumprimentar. Talvez o meu sentimento tenha sido o mesmo de um menino de 10 anos de idade que acaba de receber um autógrafo do “Camisa 10” do seu time de futebol. Ao lado dele estava a Professora Jane Reis.

E a entrevista começou. Fui metralhado. Sobretudo pela Professora Jane, que praticamente fez uma “sabatina” comigo. Já no final da entrevista, o Professor Barroso vira a página do meu currículo Lattes, e pergunta “Matheus, defina em uma proposição esse texto que você escreveu com Alexandre de Castro Coura, ‘A falácia no direito das minorias’”. Pensei, “já era”. Nesse momento, fiz a proposição mais longa da minha vida, pois tive que resumir (em uma proposição) toda a pesquisa desenvolvida na minha iniciação científica. As feições que se seguiram ao “Obrigado, Matheus, está dispensado!” me fizeram crer que a minha jornada na UERJ se encerrava ali.

Mariana, que me esperava na porta, estava radiante, porque sabia que estaria dentro das vagas e, por óbvio, aprovada. Ela pronunciou algumas dezenas de palavras da Sala Ricardo Lira até o primeiro andar. Ou centenas. Ou milhares. Não me lembro. Estava muito extasiado para entender o que se passou ou se passava no momento. Tanto que tínhamos marcado um almoço após entrevista e tive que dizer: "Desculpa, Mariana, não vou poder almoçar. Vou para o hotel estudar. Tenho prova na PUC/MG sexta." Nós nos despedimos e, na sequência, liguei para minha mãe e supliquei: "Mãe, reza pra PUC/MG dá certo, porque aqui na UERJ não fui bem!".

Ainda naquele dia, foi divulgado o resultado da prova escrita da PUC/RJ. Sem sucesso. Isso me fez enxergar a PUC/MG como a única hipótese de ingresso no mestrado.

Até que voltamos ao dia 10 de dezembro de 2015. Da data da entrevista na UERJ até essa dia, veio a prova da PUC/MG e, em razão da aprovação, a entrevista iria ocorrer no dia 11. Por isso a bolsa, a roupa do corpo e o "bate e volta" como ditos acima.

Mas a agonia não acabou. O resultado ia sair às 20:00. Não saiu. Ou melhor, não saía. Tanto que adormeci atualizando a página do CEPED-UERJ no celular. De repente, acordo por volta das 23:00 e dei nova atualização nessa página. Meu nome era o último da lista dos aprovados. Não consigo explicar a alegria que senti. Era uma euforia que não cabia em mim. Mas tive que a conter em um quarto de hotel, com a roupa do corpo da entrevista do dia seguinte e tendo apenas o clarear do dia como testemunha, já que as nuvens daquela alegre noite chuvosa já haviam ido embora.

Queria que todos tivessem a mesma alegria que senti naquele dia. Meu sonho de fazer parte da UERJ havia se tornado realidade.

Hoje, depois de mais de pouco mais de dois anos dessa história que compartilho, olho para trás com dois sentimentos: regozijo por ter podido ver um sonho realizado e sentimento de conquista, pela luta diária que se iniciou desde então. Por isso, acho que aqui é o momento ideal para expressar minha gratidão aos participantes dessa jornada.

Devo agradecer a **Deus** por ter me confiado travar essa batalha que empreendo desde dezembro de 2014, quando me formei. Nunca podia imaginar que a vida de um recém-formado é repleta

de angústias, frustrações, fracassos e dilemas. Nos momentos em que mais me senti vulnerável, as nossas conversas que me fizeram ser forte.

A pessoa mais importante dessa dissertação e de toda minha vida é minha mãe, **Adriana**. Eu dedico a você essa dissertação, assim como farei com todas as minhas conquistas. Nós vivemos esse sonho, agora nós o tornamos realidade. Obrigado pelo amor incondicional e por servir como minha inspiração de luta diária.

Meu pai, **Joel**, e meu irmão, **Thiago**, formam a minha família, meu bem mais precioso. Obrigado por estarem comigo nessa caminhada e sei que posso contar com vocês diariamente.

Agradeço ao meu avô, **Hamilton**, e meu tio, **Hamiltinho**, por terem me permitido me dedicar exclusivamente aos estudos em 2016. Mesmo sem saber ao certo "o que que eu vim fazer no Rio", vocês deram o apoio financeiro que se revelou substancial para a conclusão do mestrado.

Professora **Jane**, muito obrigado por ter confiado em mim durante esses dois anos. Você é uma das pessoas mais geniais que conheço e verdadeira referência acadêmica. Tenho certeza que você teve participação fundamental tanto para meu ingresso no mestrado (apesar de ter me "bombardeado" na entrevista...) quanto para o meu retorno ao Rio nesse ano de 2017. Obrigado pela paciência e generosidade.

Agradeço ao Professor **Fabiano Santos** pela influência direta que ele teve no desenvolvimento da pesquisa. Sinto-me honrado por ter podido ser seu aluno em duas disciplinas no IESP, que contribuíram significativamente para a minha formação. E agradeço profundamente o aceite para participar da banca de defesa da dissertação.

Agradeço à Professora **Vera Karam de Chueiri** por gentilmente aceitar fazer parte da banca de defesa. É uma alegria sem tamanho poder ter meu trabalho lido e questionado por uma das pessoas mais respeitadas no meio acadêmico.

Aos **Professorers Noel Struchiner** e **Siddharta Legale**, agradeço pela humildade que tiveram ao "ouvir" minha pesquisa, ainda em 2016, sem sequer saber quem eu era. As perguntas que vocês fizeram estão no texto (não tenho certeza, contudo, se as respondi de modo satisfatório...).

Agradeço ao **Ministério Público** por ter me aberto as portas em 2017 e me permitido voltar ao Rio. Nesse sentido, sou eternamente grato à **Cláudia Türner**, por ter me dado a oportunidade de trabalhar. Saiba que lhe admiro pela pessoa que é.

Meus amigos colegas que tive o privilégio de conhecer aqui na UERJ, sobretudo a minha **turma** de ingresso em 2016: Luísa, Mariana, Marcelo, Júlio, André Tosta, André Farah, Rodrigo, Eduardo Aidê, Rafaela, Carol, Priscilla e Eduardo Lasmar. Que time! Aproveito para pedir desculpas a **Mariana, Júlio, Rodrigo, Farah e Lasmar**, que tiveram o desprazer de ouvir minhas "ladainhas" de modo mais frequente.

Ainda na UERJ, agradeço a todos meus companheiros da **Revista Publicum** na figura da minha amiga **Carina Castro**.

Meus amigos de Vitória, desculpem-me por estar distante. Meu abraço especial para meu amigo **Leo Cunha**, a pessoa que me acompanhou no início, meio e fim.

Durante o mestrado, tive o privilégio de ser convidado para ser padrinho de casamento do meu *host brother*. Também gostaria de dedicar a **Wollum Family** por me tratarem como membro mesmo depois de quase 10 anos. **Brad**, **Brian**, **Kelly**, **Roger** e **Karen**. Sintam-se partes dessa minha conquista. Infelizmente, no dia 30/12/2017, recebi a triste notícia de que minha querida **Gradma Maggie** não está mais entre nós. A dissertação é em sua memória.

Ainda sobre Estados Unidos, no início de 2017 tive a oportunidade de rever meu inabalável amigo **Jeremy Miller**, uma das pessoas mais sensacionais que conheço. Valorizo demais nossa amizade. Assim como meu querido amigo **Andy Winter**, que ainda deposito esperança de que irá ganhar o Prêmio Nobel algum dia...

No convívio, tenho que agradecer a quem me aturou nesses últimos dois anos. Em 2016, **Thyago**, **Ivan** e **Gustavo**, e, em 2017, **Nélio** e **João**. Prometo que a partir de agora ler os textos, fazer seminários e desenvolver a pesquisa não serão minhas desculpas...

Por fim, mas não menos especial, sou profundamente grato à **UERJ**, minha casa. Sua luta, é minha luta. Por mais que tentem sucateá-la, nós não vamos deixar eles vencerem. #UERJRESISTE

“Celso luz, pés na porta
Tribos mortas, ódio grátis
Partes do pódio não importa
A luta é necessária, antipária
Da mão contrária por reforma agrária
Da área eu vim angariar, viu
Pra TV, ‘Shiu’, ela mentiu

‘Vamo’ Brasil, pátria a mil
Que nos resumiu a mulata e fuzil
A gravata de bravata mil, ‘hã’
Ao padrão que serve a Ku Klux Klan, filosofia vã
Prada, favela assassinada,
O algoz de carteira assinada
E se pã, de fé cristã, rap é divã, pelo amanhã
Pronto falei, fora da lei, de escravos a reis”
(*Pra não dizer que não falei das flores*, Geraldo Vandré, versão Emicida)

RESUMO

ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da. **Minorias, Processo Legislativo e Judicialização**. 2018. 139f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

O presente trabalho busca investigar as estratégias das minorias parlamentares durante o processo legislativo de criação das espécies normativas. Esse fenômeno é investigado a partir da abordagem neoinstitucionalista, em que as estratégias e instituições são, reciprocamente, condicionantes e condicionadas. Além disso, está alinhado com duas premissas fundamentais na teoria do constitucionalismo político, quais sejam o ceticismo quanto à supremacia judicial na interpretação constitucional e a fundação da legitimidade da interpretação constitucional por instituições representativas que decorre do próprio valor do processo legislativo. Ainda sobre o modelo teórico, discute-se sobre o arranjo institucional proposto e descrito pelo presidencialismo de coalizão, visto que esse conceito trata o Judiciário como uma variável exógena para a interpretação das ações das minorias parlamentares, ao passo que a argumentação desenvolvida no presente trabalho o interpreta como uma variável endógena, capaz de agir estrategicamente e de influenciar no comportamento das minorias parlamentares. Em seguida, os modelos teóricos são testados de duas formas. A primeira forma é a realização do *process-tracing* de três tramitações legislativas, a fim de avaliar o sucesso das estratégias das minorias parlamentares durante a tramitação. A segunda forma se baseia em testes empíricos feitos a partir do levantamento dos mandados de segurança impetrados com o propósito de judicializar o processo legislativo.

Palavras-chave: Processo Legislativo. Minorias Parlamentares. Estratégias. Instituições. Judicialização.

ABSTRACT

ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da. **Minorities, Legislative Process, and Judicial Review**. 2018. 139f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

The following work intends to investigate the legislative minorities strategies during the legislative process of normative production. This phenomenon is investigated under a neoinstitutionalist approach, wherein strategies and institutions are conditions and influences, mutually. Besides, it is also supported by the two main premises of political constitutionalism: the skepticism about constitutional interpretation judicial supremacy and the legitimacy source of the constitutional interpretation by political institutions because its own legislative process. Still about the theoretical model, it is going to be discussed the institutional design suggested and sustained by the *presidencialismo de coalizão*, as this concept interprets Judiciary as an exogenous variable to describe he legislative minorities actions. However, it is going to be advocated the Judiciary as an endogeneous variable to interpret the legislative minorities actions, because the institution may act strategically and also impacts the minorities performance. Next, the theoretical models are going to be tested in two ways. First, there is a process-tracing of three normative creations, to evaluate the legislative minorities strategies. Second, there are empirical tests made after the *mandados de segurança* (writ of mandamus), a remedy to make the Judiciary intervene into the legislative process.

Keywords: Legislative Process. Minorities. Strategies. Institutions. Judicial Review.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR	Agravo Regimental
MC	Medida Cautelar
ARENA	Aliança Renovadora Nacional
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CECON/UNICAMP	Centro de Estduos de Conjuntura e Política Econômica
DEM	Democratas
EPGE/FGV	Escola Brasileira de Economia e Finanças da Fundação Getúlio Vargas
IBRE/FGV	Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas
MS	Mandado de Segurança
NRF	Novo Regime Fiscal
PEC	Proporsta de Emenda Constitucional
PC do B	Partido Comunista do Brasil
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PFL	Partido da Frente Liberal
PL	Partido Liberal
PL	Projeto de Lei
PLC	Projeto de Lei da Câmara
PLS	Projeto de Lei do Senado
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PMN	Partido da Mobilização Nacional
PP	Partido Progressista
PPR	Partido Progressista Reformador
PPS	Partido Popular Socialista
PR	Partido Progressista
PRB	Partido Republicano Brasileiro
PRONA	Partido de Reedificação da Ordem Nacional
PSB	Partido Socialista Brasileiro

PSD	Partido Social Democrático
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
PT	Partido dos Trabalhadores
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
PV	Partido Verde
QO	Questão de Ordem
SD	Solidariedade
STF	Supremo Tribunal Federal
UNICAMP	Universidade Estadual de Campinas

SUMÁRIO

	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	16
1	**É POSSÍVEL FALAR EM CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO NO BRASIL?**	26
1.1	**Bases de um constitucionalismo político**	32
1.2	**O constitucionalismo político em sua dimensão descritiva (diagnóstica)**	34
1.2.1	Sobre a retomada da dignidade da legislação em Waldron, Bellamy e Habermas	35
1.2.2	Ausência de intérprete constitucional judicial final ou por que não se deve falar em supremacia judicial?	43
1.3	**O constitucionalismo político em sua dimensão prescritiva (normativa)**	51
1.3.1	Controle de constitucionalidade fraco (*weak form of judicial* review)	52
1.3.2	Extinção do controle de constitucionalidade	55
1.3.3	Possibilidade de reversão de decisões judiciais	57
1.4	**Por que é possível falar de constitucionalismo político brasileiro**	60
2	**O JUDICIÁRIO COMO UMA VARIÁVEL ENDÓGENA NO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO**	62
2.1	**Ativismo Judicial e Agir Estratégico**	66
2.2	**Constrangimento do e pelo Judiciário no Presidencialismo de Coalizão**	71
3	**SOBRE A PERFORMANCE DAS MINORIAS PARLAMENTARES NO PROCESSO LEGISLATIVO: ESTRATÉGIAS E CASOS**	77
3.1	**Estratégias**	78
3.1.1	Destaque de Votação em Separado (DVS)	80
3.1.2	Obstrução	83

3.1.3 Emendas Parlamentares 85
3.1.4 Verificação 86
3.1.5 Requerimentos 87
3.1.6 Judicialização do Processo Legislativo 89
3.2 ***Process-Tracing* da Tramitação Legislativa** 92
3.2.1 Novo Regime Fiscal (Emenda Constitucional nº 95/2016) 92
3.2.2 Marco Regulatório do Pré-Sal (Lei nº 12.734/12) 98
3.2.3 Reforma Partidária ou Portabilidade Eleitoral (Lei nº 12.875/13) 103
3.3 **Considerações Sobre a Performance das Minorias Parlamentares** 107
4 **JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO: SERIA (OU DEVERIA SER) A PRINCIPAL ESTRATÉGIA DAS MINORIAS PARLAMENTARES?** 110
4.1 **Análise dos Acórdãoes** 112
4.1.1 Sobre a judicialização da reforma partidária de 2012-2013 (MS 32.033) .. 116
4.1.2 Sobre a judicialização da partilha dos royalties (Ag. R. em MC de MS nº 31.816) 120
4.2 **Análise das Decisões Monocráticas** 123
4.3 **Por que ainda optar pela judicialização do processo legislativo?** 126
CONSIDERAÇÕES FINAIS: CONSTITUIÇÃO, DIREITO CONSTITUCIONAL E CRISES 128
REFERÊNCIAS 132

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1983. O Regime Militar brasileiro já começou a dar pistas de estar insustentável. O "Milagre Econômico" do início dos Anos 70 passou a dar lugar a um cenário de recessão econômica nos Anos 80, a "Década Perdida". As práticas de repressão oficial do governo brasileiro saíram das penumbras e passaram à desfaçatez, cujo início foi a divulgação do suicídio forjado do jornalista Vladimir Herzog e auge foi o ataque frustrado ao Riocentro.

Os movimentos pelo retorno à democracia começaram a ditar a tônica da pauta política brasileira. Naquele ano, a comoção popular veio com as "Diretas Já", que sintetizava todo esse sentimento em torno da ambição da ocorrência das eleições diretas para Presidente da República em 1984.

Nesse contexto, surgiu a Emenda Constitucional nº 05/1983, a célebre "Emenda Dante de Oliveira", que veiculava exatamente o objetivo de restaurar as eleições diretas para Presidente depois de anos de Regime Militar.

O destino dessa história todos já sabem. A Emenda não foi aprovada e tivemos que aguardar mais quatro anos, até que a Constituição de 1988 trouxesse de volta a democracia e a possibilidade de eleger diretamente o Presidente da República. E dela, outro ano até que o povo voltasse às ruas para tanto.

O que nem todos sabem é que em 1984 o Supremo Tribunal Federal esteve muito próximo de mudar o curso da história.

A Emenda Dante de Oliveira teve seu processo legislativo judicializado[1]. Precisamente, a votação em Plenário na Câmara dos Deputados foi questionada em sede de mandado de segurança pelos parlamentares Senador Severo Fagundes Gomes (PMDB-SP) e Deputado Federal Aírton Sandoval (PMDB-SP), além do então Vice-Governador de São Paulo, Orestes Quércia (PMDB-SP)[2], que tentavam emplacar uma interpretação constitucional alternativa acerca do *quorum* para aprovação das emendas constitucionais.

[1] MS nº 20.452, Min. Relator Aldir Passarinho, julgado em 07 de novembro de 1984, DJ em 11 de outubro de 1985.
[2] Excluído do polo ativo, ante sua ilegitimidade ativa por não deter mandado parlamentar.

Pretendiam os impetrantes que a necessidade de 2/3 de votos corresponderiam a 2/3 dos Deputados presentes, nos termos do art. 48 da Constituição de 69[3], e não de 2/3 do número total de Deputados da Casa Legislativa. Logo, a votação deveria ter tido sequência no Senado, visto que houve 298 votos favoráveis, num total de 363 Deputados presentes[4].

Muito embora de criatividade inegável, o esforço hermenêutico esbarrou no próprio perfil do STF daquela época, sensivelmente menos midiático e com menos reforço institucional do que viria a suceder com a nova ordem constitucional. Por unanimidade, a ordem foi negada. E a história ocorreu da forma que sabemos.

Mas por qual motivo inaugurar o trabalho com o caso acima?

Ainda que anterior ao marco constitucional atual, a Emenda Dante de Oliveira apontou para algumas situações que serão investigadas nos capítulos a seguir. A judicialização do processo legislativo foi uma estratégia de atuação dos parlamentares que foram derrotados na arena legislativa e buscavam uma reversão no curso de ação pela Corte. Porém, o STF acabou sendo deferente à coalizão governista do Regime Militar, seja pelo contexto político, seja pelo próprio perfil da composição, seja por seu capital institucional na época.

No entanto, o caso ilustra uma estratégia típica das minorias parlamentares, mas que foi utilizada pela maioria. E se revelou exitosa. Como os números da votação demonstraram, os Deputados alinhados ao Regime Militar obstruíram a votação da Emenda Dante de Oliveira, o que tornou inalcançável o *quorum* para aprovação e, por conseguinte, sepultou a possibilidade de votação direta para Presidente em 1984.

A judicialização, juntamente com a obstrução, revelam-se como uma dentre as várias possibilidades do agir institucional dos parlamentares. Sobretudo pelas minorias parlamentares, que constantemente lutam para não serem derrotadas na arena legislativa.

[3] Art. 48. Em qualquer dos casos do artigo anterior, itens I e II, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, em duas sessões, dentro de sessenta dias, a contar da sua apresentação ou recebimento, e havida por aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de suas Casas.
[4] O total de Deputados Federais, na época, era de 479.

Sobre o percurso da pesquisa

A pergunta eixo da presente pesquisa é a seguinte: **quais são os limites de possibilidade de atuação e as estratégias das minorias parlamentares durante o processo legislativo de elaboração de proposições legislativas?**

Nesse sentido, a pesquisa se debruça sobre uma abordagem tipicamente de teoria (neo)institucional[5], uma vez que seu desenvolvimento avança precisamente na interface desenho institucional e o comportamento das minorias parlamentares. Daí o duelo entre os "constrangimentos" *versus* "estratégias".

Por isso, algumas considerações conceituais se fazem pertinentes.

O recorte objetivo da pesquisa levará em consideração tão somente o processo legislativo de elaboração de proposições legislativas. Com isso, não se nega que a distribuição política de forças potencialmente antagônicas seja um dado exclusivo da tramitação das leis ou emendas constitucionais. A recente votação da admissibilidade da denúncia contra o Presidente Michel Temer, os processos políticos de *impeachment* e a mobilização para instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) talvez sejam exemplos até mais eloquentes dessa distribuição. No entanto, opta-se por circunscrever a análise tão somente à questão de produção normativa pela possibilidade de composições que não se reduzam ao "sim/não" (binarismo), conforme será esclarecido abaixo,

Além disso, não se nega o papel extrainstitucional que possa ser desempenhado pelas minorias parlamentares, a partir de sua mobilização de movimentos sociais e outras formas de atuação para além do processo legislativo. Exemplo privilegiado dessa possibilidade é a própria história

[5] A teoria institucional repousa na exata preocupação em interpretar as instituições como uma variável exógena e perceber como a partir desse cenário as relações entre os atores que a compõem se sucedem. A teoria das instituições, por sua vez, percebe as instituições como uma variável endógena, ou seja, ela não operaria como um constrangimento ou limite de atuação do ator que nela se insere, mas sim como um próprio elemento que integra a sua decisão. A grosso modo, essa percebe que as regras do jogo são criadas com o jogo já iniciado, ao passo que a primeira assume que as regras são prévias ao "apito inicial". Sobre a epistemologia das instituições, Cf. DIERMEIER, Daniel; KREHBIEL, Keith. Institutionalism as a methodology. **Journal of Theoretical Politics**. n. 15, v. 2, pp. 123-144.

do PT e seu nexo, sobretudo, com a militância política advinda do movimento sindical.[6] Porém, o recorte analisa apenas a abordagem institucional.

Outra consideração pertinente passa pelo significado do termo "minoria parlamentar" a ser adotado pelo presente trabalho. O Regimento Interno da Câmara dos Deputados[7] e o do Senado[8] trazem sua definição conceitual. Entretanto, a definição por exclusão é muito pouco elucidativa para análise da performance das minorias parlamentares e acaba por tratá-las como oposição. Tal como será discutido no Capítulo 3, a classificação do que vem a ser minoria parlamentar é muito mais ocasional, conforme a agenda política em questão, do que um dado absoluto. É evidente que a coalizão da base governista e os partidos que ocupam a oposição são indicativos para predizer o comportamento dos atores políticos. No entanto, essa classificação não alcança contornos de definitividade.

Além das considerações acima, outros dois conceitos centrais que integram a pesquisa – "processo legislativo" e "contramajoritário" –, repercutem em certo nível de complexidade.

[6] "Se o PT já não é tão permeável aos influxos societários quanto antigamente, ainda o é mais que qualquer outra agremiação brasileira. Alguns traços de seu modelo originário permanecem – no espaço que resta aos setoriais (ao menos simbólico), na hegemonia junto ao movimento sindical, nas intrincadas relações de dominância com inúmeros atores sociais etc. A profissionalização na política acarretou certo distanciamento da militância petista em relação à sociedade; porém, se o grau de ativismo diminuiu, ele ainda é, em geral, bastante significativo. Não se trata, portanto, da sociedade ou do Estado: trata-se da sociedade e do Estado – mas com predominância cada vez maior dos vínculos estatais. Esse é o novo locus do PT." RIBEIRO, Pedro José Floriano. Dos sindicatos ao governo: a organização nacional do PT de 1980 a 2005. **Tese de Doutorado em Ciência Política – Universidade Federal de São Carlos (UFScar)**, 2008. 306f. p. 269-270.

[7] Art. 13. Constitui a Maioria o Partido ou Bloco Parlamentar integrado pela maioria absoluta dos membros da Casa, considerando-se Minoria a representação imediatamente inferior que, em relação ao Governo, expresse posição diversa da Maioria.
Parágrafo único. Se nenhuma representação atingir a maioria absoluta, assume as funções regimentais e constitucionais da Maioria o Partido ou Bloco Parlamentar que tiver o maior número de representantes.

[8] Art. 65. A maioria, a minoria e as representações partidárias terão líderes e vice-líderes.
§1º A maioria é integrada por bloco parlamentar ou representação partidária que represente a maioria absoluta da Casa.
§2º Formada a maioria, a minoria será aquela integrada pelo maior bloco parlamentar ou representação partidária que se lhe opuser.
[...]

A começar pelo termo contramajoritário[9]. Essa categoria é uma das principais justificativas, senão a principal, do *judicial review*[10]. O Judiciário seria um contrapeso aos anseios majoritários, à suposta vontade popular, cuja atuação seria pautada pela defesa dos direitos fundamentais, sobretudo a dos destinatários marginalizados do processo político[11].

O Parlamento, por sua vez, seria a instância representativa por excelência, a retratar de modo mais fiel possível as complexidades da população[12]. Essa é uma das consequências, por exemplo, de o sistema eleitoral brasileiro, no tocante às Assembleias, Câmara Municipal e Câmara dos Deputados, assentar-se em uma dinâmica proporcional-representativa. E, naturalmente, os trabalhos em sede legislativa se valem do princípio majoritário, uma modalidade de decisão que teria por objetivo conjugar a maior parte dos interesses dos

[9] Ronald Dworkin possivelmente se caracteriza como um dos principais céticos à premissa majoritária, que é naturalmente subjacente ao processo legislativo, de modo a defender uma concepção de democracia com conteúdo moral intrínseco que, por sua vez, autorizaria o Judiciário a se evidenciar como principal contrapeso em um modelo institucional de interpretação constitucional. DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra (PT): Almedina, 2011. p. 391 e seguintes. DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: A Leitura Moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 36. Sobre concepção similar, também Cf. WALUCHOW, Wil J. **A Common Law Theory of Judicial Review**: The Living Tree. New York (EUA): Cambridge University Press, 2007. p. 217.

[10] BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e a Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito UERJ. v. 2, n. 21, jan/jun 2012. p. 1-50. p. 44; BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 237 e seguintes. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 263-265.

[11] Muito embora seja apontado como símbolo do procedimentalismo, tendo em vista o ceticismo que lança sobre a concretização de valores constitucionais por parte das Cortes, John Hart Ely entende ser completamente viável o *judicial review* quando se estiver diante de violação do processo democrático, bem como quando se põe em risco as minorias discretas e insulares. Nesse sentido, deve o Judiciário agir como uma agência reguladora da economia, ou seja, só deve intervir quando o "mercado" político apresentar disfuncionalidades. ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. Rev. Técnica Alonso Reis Freire. Rev. e Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 136.

[12] O principal expoente sobre as virtudes do Parlamento no âmbito do direito constitucional e da moralidade política é Jeremy Waldron. O raciocínio do autor neozelandês possui as seguintes premissas: i) democracia se caracteriza pelos desacordos, cujo principal retrato é o conceito de circunstâncias da política; ii) as Assembleias ilustram a forma mais acurada de respeito ao pluralismo e a igualdade; iii) o direito não é apenas produtos dos tribunais. Essas premissas e o desenvolvimento de suas ideias ocuparão grande espaço no Capítulo 1 da presente obra, quando se abordar o marco teórico do Constitucionalismo Político. Cf. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**. v. 115, n. 6, 2006. pp. 1346-1406.; WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.; WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York (EUA): Oxford University Press, 1999.; WALDRON, Jeremy. The wisdom of the multitude: some reflections on Book 3, Chapter 11 of Aristotle's Politics. **Political Theory**. v. 23, n. 4, nov 1995. pp. 563-584.; WALDRON, Jeremy. Principles of Legislation. In: BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi. (Ed) **The Least Examined Branch**: the role of Legislatures in the Constitutional State. Cambridge (RU): Cambridge University Press, 2006. pp. 15-32.; WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. **Fordham Law Review**. v. 72, 2003. pp. 373-394.

parlamentares e, por extensão, essa decisão coincidiria com os interesses da maior parcela dos representados (dinâmica utilitarista das *policies*)[13]-[14].

E de que modo o conceito "contramajoritário" é pertinente à pesquisa? Justamente por ser um dos principais fundamentos de legitimidade da atuação do Judiciário, a defesa das minorias parlamentares pode dar indicativos sobre se a concretização desse papel efetivamente se opera. Nesse mesmo sentido, assume-se que a judicialização do processo legislativo é uma das estratégias, senão a principal, manejadas por tal ator político.

E quanto ao processo legislativo? Constituição, direito constitucional e instituições, os temas do momento, tal como discutido ao longo do trabalho, são (e devem ser) componentes do processo legislativo. Dois exemplos dogmáticos já dão pistas de como a "Constituição" não é (mais uma vez, nem poderia ser) um argumento irrelevante nos trabalhos legislativos: a possibilidade de veto pelo Presidente da República em projeto de lei que repute inconstitucional[15] e o papel das Comissões Parlamentares ligadas à análise de constitucionalidade das proposições legislativas[16].

Sobretudo, o entrelaçamento entre os três com a democracia passa necessariamente pelo processo legislativo, pois esse é o caminho de manifestação/pronunciamento pelo qual a Lei passa a se comunicar com seus destinatários[17].

---

[13] "[m]as nas arenas políticas, quem se defronta são agentes coletivos, que discutem sobe objetivos coletivos e acerca da distribuição dos bens coletivos. Apenas diante de um tribunal e no âmbito de um discurso jurídico é que se trata imediatamente de direitos individuais cobráveis através de ação judicial." HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 230.

[14] Dworkin formula uma cisão entre *principles* e *policies*, com o escopo de justificar como deve ser o estilo do raciocínio argumentativo dos juízes. As *policies* são os argumentos utilizados pelos legisladores com o intuito de contemplar o maior número de pessoas por determinada proposição legislativa, claro, sem descurar dos *principles* que também compõe a integridade do desenvolvimento dos trabalhos legislativos. Os juízes, por sua vez, devem ter sua atuação pautada em prol dos *principles*, que traduzem exigência de justiça/equidade/moralidade. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

[15] [...] Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.
§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, **inconstitucional** ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. [...]

[16] Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania no Senado e Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania na Câmara dos Deputados. Sobre o papel das Comissões Parlamentares, funcionamento e sistematização, Cf. CASSEB, Paulo Adib. **Processo Legislativo**: atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: RT, 2008.

[17] "[...]Sólo las *condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes* aseguran la legitimidad del derecho estabelecido. [...]" (grifos no original) HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**: sobre el derecho y e

Inobstante esse mister, tenta-se ir além da percepção do Judiciário em "carreira solo" na interpretação constitucional. Lançam-se luzes para outro espaço privilegiado em que o debate constitucional deve ocorrer. A legitimidade da legislação, conforme se sustentará sobretudo no capítulo seguinte, passa não apenas pela sua identificação com a democracia, mas também com a qualidade do debate constitucional travado na arena legislativa[18].

A partir desse cenário, ao menos três eixos de conclusão são capazes de serem construídos:
a) verificação em que medida o Judiciário deve intervir durante o processo legislativo e após a edição da proposição respectiva, tomando por base o fundamento de que opera em bases contramajoritárias. Em outras palavras, se o próprio percurso da legislação foi capaz de dar voz à minoria parlamentar, esse fundamento não pode a legitimar o exercício do *judicial review*.
b) de que maneira a interpretação constitucional é desenvolvida fora das Cortes, uma vez apurados elementos para avaliar a qualidade do argumento constitucional (debate constitucional) construído fora da arena judicial.
c) se a política pode ser desenvolvida em uma moldura constitucional e democrática, pelos próprios termos do processo legislativo, em que o produto final da legislação não se caracterize por uma lógica binária (projeto da maioria imposto sobre a minoria derrotada), mas seja construída em uma lógica vetorial (a partir de concessões, acordos e argumentos)[19].

A **hipótese** da presente pesquisa passa pela verificação de que o processo legislativo é modelado também pela postura das minorias parlamentares e que a legislação não se produz segundo uma lógica maniqueísta de vencidos contra vencedores.

Daí a necessidade desse grupo recorrer a estratégias que sejam capazes de (i) modular a questão debatida e (ii) intervir na questão temporal da tramitação. Sobre a primeira, a possibilidade de **emendas** e **os destaques de votação em separado** se caracterizam como as principais

Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta. 2010. p. 336.

[18] Conferir, sobretudo, a proposta de Ana Paula de Barcellos a um "Devido Procedimento na Elaboração Normativa (DPEN)", que seria uma espécie de requisito quando das proposições legislativas, qual seja, a exteriorização de suas razões subjacentes para a deliberação e o conhecimento público". BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 73-90. Ainda sobre o tema, Cf. PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress**: the impact of judicial review in separated system. Durhan e London (RU): Duke University Press, 2004. p. 11-30.

[19] Na exata percepção de Waldron sobre o conceito de "Física do Consentimento", incorporado a partir de John Locke. WALDRON. **A dignidade da legislação**. *Op. Cit.* p. 166.

estratégias. Sobre a segunda, **obstrução**, **verificação**, possibilidade de **requerimentos/questões de ordem** procedimentais e a própria **judicialização** do processo legislativo são as hipóteses de atuação.

Duas premissas são subjacentes ao trabalho. A primeira é a percepção de que democracia possui um conteúdo moral que não se esgota no princípio majoritário[20], muito embora se esteja diante de uma técnica valiosíssima de (meta)decisão, tal como se debaterá no capítulo seguinte sobre constitucionalismo político.

A segunda premissa, não menos relevante, é a certeza de que o direito das minorias é sensivelmente mais amplo do que o direito das minorias parlamentares, pois aquele conceito abarca minorias étnicas, religiosas e grupos marginalizados do processo político. A minoria parlamentar, nesse cotejo, é um fragmento, porém capaz de lançar *insights* quanto ao objeto investigado.

Trazer essa dimensão teórica abrangente para aspectos institucionais práticos é o "nó górdio" que deve ser desatado. Vários autores percebem a democracia contendo "algo mais" para além do aspecto procedimental, inclusive os próprios procedimentalistas[21]. O ponto crucial passa

[20] Aqui repousa aspecto central na interface entre Waldron e Dworkin. Como visto acima (nota de rodapé 09), Dworkin entende que a democracia não se esgota no procedimento majoritário, visto que é dotada de um aspecto moral intrínseco, cuja a Constituição acaba por se caracterizar como um veículo de exteriorização dos valores contemplado (por isso uma concepção constitucional de democracia). Waldron também defende uma concepção constitucional de democracia, já que o último capítulo do *Law and Disagreement* é sobre esse tema. E é justamente nesse momento que há uma espécie de concordância entre os autores, muito embora o modelo institucional que propõem sejam completamente antíteses (Dworkin – Cortes, Waldron – Parlamento) e Waldron também vislumbra um apelo ao princípio majoritário. Eles estão de acordo no seguinte: a) conexão entre direitos e democracia; b) alguns direitos individuais são condições de legitimidade do procedimento majoritário; c) se há desacordo em uma democracia, o apelo pela legitimidade do majoritarianismo pode recair sobre uma petição de princípio. WALDRON. **Law and Disagreement**. *Op. Cit.* p. 302.

[21] É natural que todo catálogo comporte incongruências e insuficiências, exatamente por "alguma coisa ficar de fora", pois a meta maior acaba por ser congregar autores e correntes teóricas em torno de algum denominador comum. Ciente desse risco, a cisão entre procedimentalistas e substancialistas passam pela maior proximidade do espectro entre constitucionalismo e democracia. Para aqueles, o jogo democrático (leia-se jogo político) é capaz de tomar decisões fundamentais sobre temas constitucionais de modo mais agudo, uma vez que o entrincheiramento de valores constitucionais não são tão contundentes assim. Por outro lado, para esses, a Constituição já trouxe algumas decisões que não são capazes de serem refeitas pela política ordinária, inclusive pela política constitucional ordinária. Ou seja, há valores que se espraiam no e para além do jogo democrático. Sobre o "catálogo", Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** – Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 147-196. SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais** Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 177-179. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 237-238.

pelo que seja e até aonde vai o "algo mais"[22], bem como qual o arranjo institucional mais adequado para tanto.

Ancorado nessas premissas e com a ambição de verificar se a hipótese é confirmada, a investigação de como a minoria parlamentar atua trará conclusões relevantes sobre o processo legislativo e, por extensão, sobre o próprio processo democrático.

Mas como a investigação será feita?

O capítulo seguinte servirá para sistematizar aspectos centrais do constitucionalismo político, que será o principal marco teórico transversal por todo o desenvolvimento da pesquisa. O principal expoente dessa corrente é Jeremy Waldron e tantos outros autores se filiam a ela, tais como Mark Tushnet, Larry Kramer e Richard Bellamy. É natural que esse modelo se assente sobre o ceticismo quanto ao *judicial review* e que sua correspondente teoria normativa[23] acabe por apresentar certas deficiências. Mas os argumentos postos à prova são relevantes para o debate acerca do arranjo institucional mais propício para a realidade brasileira.

Ainda integrando o marco teórico, o capitulo 2 se debruçará sobre o presidencialismo de coalizão[24]. Procura-se apontar a utilidade dessa descrição do arranjo institucional, além de sustentar que o Judiciário se apresenta como uma variável endógena que é uma condicionante no agir estratégico dos atores envolvidos no processo legislativo.

---

[22] Até mesmo autores tradicionalmente apontados como procedimentalistas enxergam que o procedimento democrático deve necessariamente atender a certas premissas. Por exemplo, Robert Dahl formula quatro premissas da democracia que inclusive servem de fundamento para a sindicabilidade judicial protegê-los: ; i) participação efetiva - a necessidade de o cidadão expressar suas preferências; ii) igualdade de voto no estágio decisivo, independente da forma de sufrágio escolhida,); iii) compreensão esclarecida, que se daria através da educação e discussão pública); iv) possibilidade de os agentes influenciarem a agenda política. DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 170-181. No mesmo sentido, Jürgen Habermas formula cinco direitos básicos que compõem o sistema de direitos: i) Direitos fundamentais de liberdades subjetivas de agir; ii) Direitos fundamentais de associação voluntária à comunidade jurídica; iii) Direitos fundamentais de proteção dos direitos individuais; iv) Direitos fundamentais de participar do processo político; v) Direitos fundamentais sociais para o exercício dos quatro primeiros. HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. *Op. Cit*. p. 188-189. E o próprio Ely, conforme retratado na nota de rodapé 11.

[23] Por exemplo, Mark Tushnet defende um "direito constitucional populista", em que o próprio povo seja capaz de decidir sobre questões constitucionais de modo direto. E, baseado nesse desiderato, chegou a propor o fim do *judicial review*, uma versão extremada do constitucionalismo político, em que a Corte sequer poderia se pronunciar a respeito de eventuais leis inconstitucionais. Essa visão foi atenuada nos últimos anos, mas demonstra um modelo inatingível de se desenhar as instituições. TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton (NJ/EUA): Princenton University Press, 1999. p. 154-176, 194.

[24] ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. **DADOS: Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 31, n.1, 1988. p. 5-34.

No capítulo 3, será realizado o *process-tracing* da tramitação de três processos legislativos: i) Novo Regime Fiscal, fruto da Emenda Constitucional nº 95/2016; ii) o marco regulatório da partilha dos *royalties* (Lei nº 12.734/12); iii) e a Lei nº 12.875/2013, sobre migração partidária e acesso ao fundo partidário e horário de propaganda eleitoral. Essa metodologia tomará por base as estratégias de atuações possíveis das minorias parlamentares.

O capítulo 4 servirá para analisar o controle judicial do processo legislativo, a partir da identificação e catálogo de decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. Duas razões estão por detrás desse destaque: i) a principal estratégia das minorias parlamentares tem sido a sindicabilidade judicial do processo legislativo, seja como uma tentativa de acrescentar uma nova rodada ao debate constitucional, seja com o intuito de travar a pauta; ii) pelo crescente protagonismo do Judiciário nas últimas duas décadas no Brasil como espaço de disputa política.

Feitas as considerações anteriores, passa a ser evidente que a pesquisa se escora entre a modéstia e a responsabilidade. A modéstia na exata medida de que o trabalho avaliará apenas um fragmento de um contexto amplo, o qual é ao mesmo tempo multifacetado e incerto. A responsabilidade, provavelmente redundante dada contextualização feita até aqui, está no tema, transversal a todas as animosidades inerentes do momento político.

1 É POSSÍVEL FALAR EM CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO NO BRASIL?

O então presidente de uma das Casas Legislativas é afastado de seu exercício por uma decisão judicial[25]. Uma competição tradicional e arraigada na cultura do Ceará, cujo objetivo é "laçar" o boi, passou a ser proibida[26]. Duas pessoas do mesmo sexo podem ser reconhecidas como família[27]. Uma mulher grávida portadora de um feto anencefálico pode interromper a gestação, sem que isso seja considerado crime[28].

O que todas as decisões acima têm em comum? O fato de que questões de alta tensão política e moral passaram a compor a agenda política do Supremo Tribunal Federal. E mais, a Corte tomou partido, em algum dos dois lados da história.

A ascensão vertiginosa da jurisdição constitucional é fenômeno recente, especialmente se imaginarmos que a Constituição Federal ainda não completou 30 anos. Se temos uma Constituição recente, o que dirá de uma jurisdição constitucional pujante e capaz de atuar nos mais variados domínios do conhecimento humano.

O principal retrato dessa ascensão está na incorporação dos temas "STF" e "Judiciário" no cotidiano.

Veja quantos exemplos ilustram essa hipótese: i) as recentes nomeações dos ministros do STF despertaram atenção midiática para além do circuito jurídico[29], o que naturalmente passa a torná-los verdadeiras "celebridades"[30]; *ii*) os emblemáticos casos de corrupção envolvendo

[25] Ação Cautelar 4.070/DF, Ministro Relator Teori Zavascki, julgada em 05 de maio de 2016, publicado em 21 de outubro de 2016.
[26] ADI 4.983/CE, Ministro Relator Marco Aurélio, julgada em 06 de outubro de 2016.
[27] ADPF 132/RJ, Ministro Relator Ayres Britto, julgada em 05 de maio de 2011, publicado em 13 de outubro de 2011.
[28] ADPF 54/DF, Ministro Relator Marco Aurélio, julgada em 12 de abril de 2012, publicado em 30 de abril de 2013.
[29] O mais recente exemplo é o ceticismo acerca da indicação do então Ministro da Justiça do Governo Temer para o cargo. Cf. "oglobo.globo.com/brasil/o-que-pensa-alexandre-de-moraes-20920752". Acesso 14 de fev 2017.
[30] A Ministra Carmen Lúcia, atual Presidente do STF, e o Ministro Luís Roberto Barroso recentemente participaram do Programa "Conversa com Bial", no horário nobre da TV Globo, o que referenda esse perfil midiático, tanto dos magistrados, quanto da própria Corte como instituição. Cf. "http://gshow.globo.com/programas/conversa-com-bial/episodio/2017/05/02/conversa-com-bial-estreia-nesta-terca-25.html". Acesso 21 out 2017. Cf. "http://gshow.globo.com/programas/conversa-com-bial/episodio/2017/08/22/luis-roberto-barroso-ministro-do-supremo-tribunal-federal-comenta-atual-cenario-politico-do-brasil.html". Acesso 21 out 2017.

políticos e seus respectivos julgamentos[31]; *iii*) a própria judicialização das relações sociais[32], fenômeno que não é tão novo assim, em que os mais diversos temas passam a compor as pautas dos tribunais[33] - como, por exemplo, se o conteúdo das conversas via *whatsapp* estão abrangidas pelo sigilo telefônico[34] ou como deve ser a penhora das propriedades *multi-sharing*[35].

De maneira inversamente proporcional ao protagonismo das Cortes, é progressiva a desconfiança da população sobre as instituições políticas representativas, notadamente o Legislativo. Dados que avalizam essa assertiva podem ser extraídos dos relatórios do Índice de Confiança na Justiça no Brasil (ICJBrasil), pesquisa desenvolvida pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV Direito/SP), que se baseia em sondagens de tendência. O relatório mais recente, relativo ao primeiro semestre de 2016, na seção que retrata a "confiança nas instituições", 29% dos entrevistados confia no Poder Judiciário. Esse indicador é inferior às instituições "mais confiáveis" segundo a pesquisa, quais sejam as Forças Armadas (59%) e Igreja Católica (57%), porém muito superior às instâncias políticas, Presidência da República (11%), Congresso Nacional (10%) e Partidos Políticos (7%)[36].

O contexto passa a sugerir, dessa forma, que se está diante de uma "crise na representatividade"[37], em que há uma espécie de desconexão entre representantes e

[31] A situação do afastamento do Senador Aécio Neves (PSDB-MG) é o exemplo mais recente. A 1ª Turma do STF, quando do julgamento da Ação Cautelar nº 4.327/DF e, 26 de setembro de 2017, determinou o afastamento do Senador das atividades parlamentares e recolhimento noturno como medidas cautelares penais. No entanto, em 17 de outubro de 2017, por 44 votos contra e 26 a favor dos Senadores, as medidas impostas não foram mantidas e o Senador retornou ao regular exercício do mandato. Cf. "http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-10/senado-derruba-afastamento-parlamentar-de-aecio-neves-imposto-pelo-stf". Acesso 21 out 2017.

[32] "Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. [...]" BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e a Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito UERJ. v. 2, n. 21, jan/jun 2012. pp. 1-50. p. 5. Ainda sobre o tema, conferir trabalho pioneiro sobre o tema WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[33] BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 39.

[34] STJ, RHC 67.379/RN, 5ª Turma, Min. Rel. Ribeiro Dantas, julgado em 20 de outubro de 2016, publicado em 09 de novembro de 2016.

[35] STJ, REsp 1.546.165/SP, 3ª Turma, Min. Rel. para acórdão João Otávio Noronha, julgado em 26 de abril de 2016, publicado em 06 de setembro de 2016.

[36] CUNHA, Luciana Gross (Coord.). **Relatório ICJBrasil**, 1º Semestre/2016. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo/Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: < http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/10/Relatorio_ICJ_1SEM2016_v3_Rev.pdf>. Acesso em 21 de out 2017.

[37] "[...] No entanto, um outro processo, contraditório, ocorreu de forma simultânea: a deterioração da adesão popular às instituições representativas. É possível detectar uma crise de sentimento de estar representado, que compromete os laços que idealmente deveriam ligar os eleitores a parlamentares, candidatos, partidos e, de forma

representados. Logo, o *slogan* "não me representa", tão presente nos protestos que eclodiram no Brasil em 2013 e cujas considerações serão retomadas na conclusão, passa a ser pertinente.

É possível sugerir alguns motivos que subjazem essa fenda existente entre representantes e representados. O primeiro, e talvez mais contundente, são os casos de corrupção que contaram com a participação direta de parlamentares, tais como "Operação Lava Jato"[38], "Mensalão"[39], "Desvio de verbas na construção do fórum do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (TRT/SP)"[40] e "Anões do Orçamento"[41].

O segundo motivo repousa sobre a própria dinâmica do processo eleitoral brasileiro e que tem ocupado parte da reforma política levada a cabo no Congresso em 2017[42]. Muito embora o sistema distrital integre essa pauta, o sistema eleitoral predominante ainda se escora na dinâmica de representação proporcional, cuja distribuição das cadeiras legislativas é determinada pela quota partidária de cada partido ou coligação.

Dentre as externalidades desse procedimento está a figura do "ganhou, mas não levou", em que candidatos recebem votação expressiva sem que seja suficiente para sua legenda alcançar o

---

mais genérica, aos poderes constitucionais O fenômeno ocorre por toda a parte, de maneira menos ou mais acentuada, atingindo novas e velhas democracias eleitorais." MIGUEL, Luís Felipe. Representação Política em 3-D: elementos para uma teoria ampliada da representação política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 18, nº 51, 2003, pp. 123-140. Cf. também NOGUEIRA, Marco Aurélio. Representação, crise e mal-estar institucional. **Revista Sociedade e Estado**. v. 29, nº 1, jan/abr 2014. pp. 91-111. MOREIRA, Nelson Camatta; ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da. A insurreição do "constitucionalismo político" sobre o "legal": por que o processo legislativo pátrio (ainda) é visto com desconfiança? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, ano 14, n. 19, jan/jul 2016. pp. 131-149.

[38] O ex-deputado federal André Vargas (PT/PR), que teve inclusive o mandato cassado em 2014 em decorrência das investigações da Lava-Jato, e Luiz Argôlo (SD/BA), cujo mandato também fora cassado por idênticos motivos em 2014, são os únicos parlamentares condenados durante o exercício do mandato até o momento. Todavia, há vários políticos que já foram indiciados ou ainda estão sendo investigados, especialmente os que fazem parte dos partidos "base" do esquema, quais sejam PT, PMDB e PP.

[39] Dentre os parlamentares estão José Genoino (PT/SP), que chegou a renunciar durante o processo de cassação do mandato na Câmara, em 2013; Pedro Correa (PP/PE), cujo mandado fora cassado em 2006 e também foi condenado na "Operação Lava-Jato"; Waldemar Costa Neto (PR/SP), que renunciou por duas ocasiões, em 2005 e 2013; Bispo Rodrigues (PL/RJ); Roberto Jefferson (PTB/RJ), delator do esquema de compra de votos e que cassado em 2005; Romeu Queiroz (atualmente no PSB/MG, na época no PTB); José Borba (atualmente PP/PR, na época PMDB); João Paulo Cunha (PT/SP).

[40] Envolvimento do então Senador Luiz Estevão, condenado em 2006. Cf. "http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/mpf-pede-ressarcimento-de-r-1-bilhao-por-desvios-em-obra-do-trt-de-sao-paulo". Acesso 21 out 2017.

[41] Envolvia diversos parlamentares de menor expressão na Câmara dos Deputados, que desviavam recursos do orçamento. O principal nome dessa articulação era João Alves (PPR/BA).

[42] "https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/09/1920703-reforma-politica-se-resume-a-remendo-eleitoral.shtml". Acesso 21 out 2017.

quociente eleitoral, impeditivo de conquistar alguma das vagas[43]. No mesmo sentido, há a figura do "levou mesmo sem ter ganhado", com um candidato sendo arrebatador nas eleições, a ponto de elevar o quociente eleitoral do partido ou coligação e permitir que candidatos com votações pífias sejam eleitos por essa lógica[44].

Ainda sobre o processo eleitoral, a suplência e a possibilidade de concorrer a outros cargos durante o exercício do mandato também simbolizam problemas que acabam por minar a identidade entre representante e representado[45].

O terceiro motivo é o financiamento privado das campanhas. Esse tema compôs a *ratio decidendi* da ADI nº 4.650[46], que culminou na proibição de doações feitas por pessoas jurídicas. Contudo, essa decisão não significou modéstia nos gastos com a campanha para as eleições de 2016, ainda que tenham sido menores que em 2012. João Dória (PSDB), por exemplo, atual Prefeito de São Paulo, teve um custo de campanha de R$ 13.969.471,48, tendo sido seu principal doador com a quantia de R$ 2.934.100,00, o equivalente a 39% do total[47].

[43] No Espírito Santo, por exemplo, em 2002 o segundo candidato mais votado para deputado federal foi José Carlos Fonseca Júnior, do então PFL, com mais de 90.000 votos, representando 5,61% dos votos válidos. Porém, ele não foi eleito. De maneira semelhante, em 2014, Vandinho Leite, do PSB, foi o quinto mais votado, com 86.506 votos. Igualmente não eleito. Cf. "https://eleicoes.uol.com.br/2002/apuracao/intes6.jhtm". Acesso 21 out 2017; "https://www.eleicoes2014.com.br/candidatos-deputado-federal-espirito-santo/". Acesso 21 out 2017.

[44] Exemplos que já se popularizaram são o de Enéas Carneiro (do antigo PRONA), cuja votação nas eleições para deputado estadual de São Paulo, em 2002 permitiu que outros cinco colegas de partido fossem eleitos, sendo que quatro não alcançaram sequer mil votos; e o de Tiririca (PR), nas eleições para deputado federal em 2010, cuja votação permitiu que a coligação 'Juntos por São Paulo' compusesse o maior número de deputados federais da bancada paulista. Cf. "http://noticias.terra.com.br/eleicoes/interna/0,5625,OI58702-EI685,00.html". Acesso 21 out 2017; "http://eleicoes.terra.com.br/apuracao/2010/1turno/sao-paulo/#/deputado-federal/". Acesso 21 out 2017.

[45] Tanto a questão do quociente eleitoral, quanto esse aspecto de afastamento para a ocupação de outros cargos contribuem para a impossibilidade de que o parlamentar consiga identificar sua *constituency* eleitoral, o que mina, por sua vez, a conexão eleitoral entre ele e o eleitor. Sobre o tema, Cf. SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão**. Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ, 2003. p. 42.

[46] Min. Relator Luiz Fux, julgado em 19 de setembro de 2015, DJe em 23 de fevereiro de 2016.

[47] "http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2016/divulgacao-de-candidaturas-e-contas-eleitorais2.". Acesso 21 out 2017. Ainda sobre o tema de financiamento das campanhas eleitorais, conferir SARMENTO, Daneil; OSORIO, Aline. Eleições Dinheiro e Democracia: a ADI 4.650 e o modelo brasileiro de financiamento de campanhas eleitorais. **Direitos Fundamentais & Justiça**. v. 26, 2014. pp. 15-38.

O quarto motivo transcende as razões dogmáticas indicadas nos parágrafos anteriores. Trata-se da própria complexidade da sociedade[48]-[49] dos dias atuais, que põe em xeque os paradigmas dos arranjos institucionais estabelecidos em outras épocas. Assim, se as instituições se desenvolveram em decorrência de necessidades e contextos específicos[50], soa natural que a renovação desses sugira um ceticismo dos limites institucionais.

Nas décadas de 90 e 2000 o meio acadêmico buscava teorizações que retratassem a sociedade global para além das fronteiras nacionais[51], razão pela qual era comum temas como "transconstitucionalismo"[52], "constitucionalismo internacional"[53] e "modelo global de direitos constitucionais"[54] integrarem tal pauta. Símbolo marcante de traduzir essas percepções para a realidade foi a tentativa de fundar uma Constituição Europeia, em 2004, que não foi ratificada por todos os países membros da União Europeia.

---

[48] "À medida que a lógica e a economia da expressão escrita se vão impondo, uma nova ordem cultural se estabelece, uma estrutura mental que rompe, ou pretende romper, com o passado, um pensamento espacial a serviço de um conhecimento racional, objetivo, controlado, em suma, científico. A ciência moderna é, de fato, a matriz, o paradigma, da nova cultura escrita, com implicações múltiplas nos mais diversos campos da ação social, desde a pedagogia, com a adoção de teorias técnicas centradas sobre a aprendizagem escrita do conhecimento científico, até a administração burocrática, na qual a regulamentação exaustiva, tornada possível pela escrita tipográfica, se transforma no fundamento da esperança do século na racionalização, sistematização e controle das relações sociais." SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos**: a sociologia crítica do direito. São Paulo: Cortez, 2014. p. 81. Ainda sobre o tema, Cf. ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do Iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 231.

[49] Evidentemente, tratar da complexidade da é um tema inesgotável e possui interfaces em várias áreas do conhecimento, como sociologia, psicologia, história, antropologia, ciência política e, por que não, no próprio direito. Precisamente sobre como as "crises" da sociedade impactam as instituições, conferir CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislado", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In._____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. III. Coimbra (PT): Coimbra Editora, 2008. pp. 161-198. MARRAFON, Marco. Hiperindividualismo, crise da democracia e o papel da jurisdição constitucional em um mundo sem limites. In. SARMENTO, Daniel (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: GEN, 2015. pp. 115-132.

[50] BOIX, Carles. **Political order and inequality**: their foundations and their consequences for human welfare. Cambridge (RU): Cambridge University Press, 2015. p. 60-91. NORTH, Douglass C.; WEINGAST, Barry R. Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutional Governing Public Choice in Seventeenth-Century England. **Journal of Economic History**. v. 49, issue 4, dec. 1989. pp. 803-832.

[51] "Trata-se de levar em conta o caráter pós-nacional dos processos sociais contemporâneos, de modo a constatar que as fronteiras nacionais nem sempre demarcam uma unidade analítica adequada para a investigação sociológica numa época em que os processos sociais e culturais, bem como a ação política, não encontram mais nas fronteiras nacionais seu limite." COSTA, Sérgio. **Dois Atlânticos**: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p. 15; HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 4ª edição. Madrid (ESP): Editorial Trotta, 2008. p. 85 e seguintes;

[52] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 53 e ss.

[53] KUMM, Mathias. Democratic constitucionalism encounters international law: terms of engagement. In. CHOUDHRY, Sujit (Ed.) **The migration of constitutional ideas**. Cambridge (RU): Cambridge University Press, 2006. pp. 256-293.

[54] MOLLER, Kai. **The global model of constitutional rights**. Oxford (RU): Oxford University Press, 2012. SILVA, Virgílio Afonso da. How global is global constitutionalism?: Comments on Kai Möller's the global model of constitutional rights. **Jerusalem Review of Legal Studies**. v. 10, 2014. pp. 175-186.

No entanto, de modo antagônico a essa ambição, o contexto recente passa a perceber movimentos tendentes à desagregação, tais como se depreende da ascensão de Donald Trump à presidência dos Estados Unidos e o *Brexit*, que desaguou na saída do Reino Unido da União Europeia, motivados pela exacerbação dos sentimentos nacionalistas.

As quatro razões apontadas acima como causas da crise na representatividade não são exaustivas e todas se caracterizam como fenômenos externos à representação (corrupção, procedimento eleitoral, financiamento de campanha e complexidade social). Também poderia se apontar problemas decorrentes da própria representação, como a questão temporal[55] e os limites da delegação[56], que teriam a aptidão de aumentar a fissura entre representantes e representados.

De qualquer forma, elas são elucidativas no sentido de anunciar o seguinte problema: **é possível falar em constitucionalismo político no Brasil?**

Ora, se o cenário no Brasil é de crise, desconfiança e desconexão das instituições representativas tradicionais, não seria um paradoxo depositar a confiança da interpretação constitucional nessas instituições, sobretudo o Legislativo?

O desenvolvimento do capítulo terá o condão de demonstrar como não é incoerente empregar o constitucionalismo político como referencial de análise da realidade brasileira, especialmente em sua dimensão diagnóstica.

A própria pesquisa aborda uma das principais premissas que é comum aos autores que se filiam a essa matriz teórica, qual seja a percepção de que a lógica dicotômica entre maioria *versus* minoria não persiste, já que a legislação seria fruto do trabalho do Parlamento como um todo.

[55] NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven, London: Yale University Press, 1996. p. 117.; ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009. p. 119-121.; ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**. Cambridge University Press, 1984. p. 22.

[56] WALUCHOW, Wil J. **A Common Law Theory of Judicial Review**: The Living Tree. New York (EUA): Cambridge University Press, 2007. p. 127.

Como mais bem explorado no capítulo 3, quando será realizado o *process-tracing* de três tramitações legislativas, e no capítulo 4, quando será feita a abordagem empírica dos julgamentos que envolveram a judicialização do processo legislativo, bem como os limites de ação das minorias parlamentares, tem menos a ver com problemas de construção teórica e mais com os obstáculos institucionais já estabelecidos.

1.1 Bases de um constitucionalismo político

Ciente dos riscos que fazem parte da atividade de catalogar autores em determinada matriz teórica, sobretudo por partirem de premissas diversas e por vezes se ocuparem de realidades diferentes, por razões didáticas ao desenvolvimento do argumento torna-se inevitável que essa enumeração seja feita.

O conceito nuclear do constitucionalismo político é a percepção de que a interpretação constitucional seria mais bem desenvolvida a partir do jogo político, seja em bases qualitativas no cotejo com a interpretação desenvolvida por outros atores, seja por razões de maior legitimidade democrática e correlação com o autogoverno. Nesse sentido, sua antítese é a percepção de que o debate constitucional se resume ao "que as Cortes dizem". E o cerne dessa matriz é resgatar a "dignidade da legislação"[57] e demonstrar que as instituições políticas, especialmente o Parlamento, devem/podem alcançar um status de proeminência.

O principal problema que os adeptos da supremacia judicial enfrentam, qual seja a legitimidade democrática da jurisdição constitucional[58], não se repete com aqueles que defendem algum tipo de supremacia do Legislativo em questões de interpretação constitucional. Ao contrário, se aqueles apostam em razões de resultado (*output*) como o fundamento de legitimidade – em

[57] "[...] Não apenas não temos os modelos de legislação normativos ou aspiratórios de que precisamos, mas a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política como princípios. E há razão para isso. Pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade à ideia de revisão judicial [...] Construímos, então, um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar. [...]". WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.2.

[58] Ou "dificuldade contramajoritária", tal como Alexander Bickel cunhou tal desafio. "A further, crucial difficulty must also be faced. Besides being a counter-majoritarian check on the legislature and the executive, judicial review may, in a larger sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process. Judicial review expresses, of course, a form of distrust of the legislature." BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the Bar of Politics. New Heaven (EUA) e London (RU): Yale University Press, 1986. p. 21.

outras palavras, o Judiciário possuiria a aptidão de produzir decisões mais justas[59] –, esses apostam nas próprias razões de entrada (*input*), tais como o pluralismo de sua composição e o valor epistêmico da própria democracia representativa em reproduzir as melhores decisões, conforme se verá no decorrer do capítulo.

Outra ressalva que merece ser feita, ainda sobre a conceituação, passa pela nomenclatura da teoria. Opta-se por retratar constitucionalismo político como uma matriz mais abrangente, que abarca outros tantos "constitucionalismos", tais como o "popular"[60], o "populista"[61] e o "democrático"[62]. Mais uma vez, por mais que esses autores acabem por potencialmente se valer

[59] Richard Bellamy estabelece duas premissas por detrás daquilo que apontou como "constitucionalismo legal", que seria a antítese do "constitucionalismo político" e retrata que a intepretação constitucional se esgota nas decisões das Cortes. São elas (i) a percepção de que é possível se alcançar um consenso racional sobre os resultados substantivos dentro de uma sociedade comprometida com ideias democráticos de igualdade e (ii) que o processo judicial seria o mais seguro para se identificar tais resultados. BELLAMY, Richard. BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo Político:** Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Trad. Jorge Urdanóz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010. p. 19. Na introdução também foram tecidas considerações sobre tais fundamentos, razão pela qual remetermos o leitor.

[60] Essa concepção deve ser atribuída a Larry Kramer, que faz uma abordagem histórica para demonstrar como o significado da Constituição americana deve ser mais atribuída ao povo do que propriamente ao desenvolvimento da jurisprudência norte-americana. O autor, nesse sentido, busca demonstrar como o constitucionalismo se assenta em bases populares e foi subjacente a inúmeros momentos da história naquele país. "[...] Infused with Revolutionary fervor, the new American understanding of constitutionalism was active, reformist, optimistic, and progressive. In short, the customary constitution metamorphosed into something that could, for the first time, truly be called a popular constitution." KRAMER, Larry. **The People Themselves**: popular constitutionalism and judicial review. New York (EUA): Oxford University Press, 2004. p. 56. Cf. ainda, KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism. **California Law Review**. v. 92, n. 4, july 2004. p. 959-1012.

[61] Nomenclatura que faz remissão a Mark Tushnet, no capítulo oitavo do livro *Taking the Constitution away from the Courts*. Há uma similaridade com o que é proposto por Kramer, visto que busca demonstrar que a Constituição não se resume ao que os juízes "dizem que a seja", mas tem o significado modelado pelo próprio povo. Para tanto, aponta que esse projeto vê o direito orientado para a concretização dos direitos humanos universais a serviço do autogoverno. TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton (EUA): Princeton University Press, 1999. P. 181.

[62] Aqui talvez seja a inclusão mais problemática. Os autores que se valem do termo "constitucionalismo democrático" são Robert Post e Reva Siegel, que buscam demonstrar como o direito constitucional nos Estados Unidos foi modelado a partir de um "desacordo interpretativo" no debate público sobre questões constitucionais. Para tanto, assentam essa hipótese sobre a gramática política do *backlash*, que consiste exatamente no modo pelo qual o povo influencia a Constituição. Mas qual o problema de cataloga-los na matriz do constitucionalismo político? Os próprios autores recusam-na tal inclusão, pois não veem com tanto ceticismo as decisões judiciais e não descartam a performance das Cortes como "guias" de tal debate público. "[...] Unlike popular constitucionalism, democratic constitutionalism does not seek to take the Constitution away from the courts. Democratic constitutionalism recognizes the essential role of judicially enforced constitutional rights in the American polity. Unlike a juricentric focus on courts, democratic constitutionalism appreciates the essential role that public engagement plays in guiding and legitimating the institutions and practices of judicial review. [...]" POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic constitutionalism and Backlash. **Faculty Scholarship Series**. Paper 169. 2007. pp. 373-433. Ainda sobre o tema conferir POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy. **California Law Review**. v. 92, 2004. pp. 1027-1044. Nesse texto, os autores dialogam com o modelo teórico proposto por Larry Kramer e mais outra vez referendam que "constitucionalismo democrático" não se confunde com "constitucionalismo popular". Contudo, por razões didáticas, é completamente pertinente a inclusão daquele dentro de uma moldura mais ampla que se denomina "constitucionalismo político". Isso se dá por duas razões: i) por mais que os autores não infirmem o papel do Judiciário na interpretação constitucional, a ausência de um modelo de supremacia judicial acaba por apostar, intuitivamente por exclusão, no jogo político como arena em que há a densificação do conteúdo constitucional; ii)

de marcos teóricos distintos e talvez até enxergar o fenômeno com lentes diferentes, há um denominador comum que passa pelo:

i) ceticismo quanto ao desempenho da interpretação constitucional pelo Judiciário, seja em sua dimensão efetiva (tal como é), quanto em sua dimensão qualitativa (tal como deveria ser), conforme se verá abaixo;

ii) premissa de que o debate constitucional não se esgota nas Cortes e, ao contrário, talvez seja ainda mais apropriado se realizado pelas instituições políticas.

Justamente por lançar uma crítica a um aspecto do arranjo institucional – as possibilidades de interpretação constitucional pelos atores políticos - o constitucionalismo político acaba por possuir tanto uma dimensão descritiva (diagnóstica) quanto outra prescritiva (normativa). As críticas que são apontadas na primeira dimensão não apenas são úteis para a realidade brasileira, como também resistem para além dessa realidade. A segunda dimensão, todavia, soa problemática quando se vislumbra sua operacionalização em termos práticos.

1.2 O constitucionalismo político em sua dimensão descritiva (diagnóstica)

Qualquer mediação da teoria com a realidade, sobretudo a "importação" de uma teoria que é desenvolvida à luz de realidades diversas da brasileira, requer prudência para que não incorra em petição de princípios. Ora, se o presente trabalho se ocupa em investigar o comportamento dos atores políticos dentro de uma instituição representativa, natural seria buscar um modelo teórico que afirmasse a importância dessa instituição como forma de referendar a importância do trabalho.

Contudo, como forma de afastar qualquer possibilidade de contradição, a presente seção e as duas próximas terão o objetivo de depurar os aspectos que podem ser testados nos capítulos 3 e 4, que abordarão o processo legislativo brasileiro em dimensões práticas.

---

a legitimidade democrática por razões de entrada (*input*), conforme visto acima, acaba por ser muito mais coerente com o constitucionalismo político do que com o constitucionalismo judicial. Nesse contexto, ampliar o rol de intérpretes constitucionais do ponto de vista estrutural (ou seja, quanto ao arranjo institucional) para o acesso às instituições representativas acaba por ser naturalmente menos complexo do que a ampliação do acesso às instituições judiciais, sobretudo pelos limites discursivos que são inerentes à argumentação jurídica. Sobre tal ampliação, conferir HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. GOMES, Juliana Cesário Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. Salvador: JusPodivm, 2016.

Nesse sentido, serão avaliados dois argumentos desenvolvidos por autores que se situam como adeptos do constitucionalismo político, quais sejam: i) a dignidade da legislação, na medida em que há debate constitucional no âmbito dos Parlamentos e esse debate acaba por representar um fundamento "forte" para sustentar a importância da instituição; ii) ausência de um responsável pela "última palavra" sem que isso incorra em anarquia interpretativa, o que conduz a um ceticismo quanto ao modelo de supremacia judicial, baseado no fato de que o Judiciário não desvia tanto da opinião pública, tampouco se caracterizar como uma instituição efetivamente contramajoritária.

1.2.1 Sobre a retomada da dignidade da legislação em Waldron, Bellamy e Habermas

Quem nunca ouviu o seguinte aforismo: "leis são como salsichas. Você não deveria vê-las sendo feitas"? A maioria sugere que Otto von Bismarck foi o autor dessa frase, que comporta outras variações no mesmo sentido, tais como "a fabricação de leis, assim como a de salsichas, não é uma visão agradável", "lei e salsicha são duas coisas que você não quereria ver como são feitas", "para manter o respeito por salsichas e leis, ninguém deveria vê-las sendo feitas", "se você gosta de leis e salsichas, você nunca deveria ver qualquer delas sendo feitas" e "quanto menos as pessoas sabem quando ou em que situação são feitas, melhores elas dormirão à noite". Há quem atribua a Benjamin Disraeli ou a Winston Churchill a "paternidade" da frase[63].

Muito embora os clichês acima remetam a um senso comum de que o processo legislativo consistiria em um ambiente despido de qualquer compromisso com a moralidade, essa sugestão encontra pouca vazão com a realidade.

Primeiro, o processo legislativo representa um verdadeiro caminho pela qual as leis e tantas outras proposições legislativas devem percorrer. Conforme se verá no capítulo 3, muito embora algumas situações durante a tramitação sejam passíveis de críticas, há um percurso regular que antecede a promulgação.

[63] Sobre o aforismo e suas variações, Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York (EUA): Oxford University Press, 1999. p. 88, nota de rodapé 2.

Segundo, tais aforismos acabam por representar típicos argumentos *ab absurdum*[64], conforme apontado por Jeremy Waldron, em uma tentativa de descaracterizar o papel do Legislativo como forma de conferir proeminência ao Judiciário.

E o autor neozelandês surge como um dos principais expoentes na tentativa de resgatar a dignidade da legislação. Assim, remete tanto à solenidade que é o processo legislativo, quanto na própria dimensão moral que lhe é inerente, visto que a legislatura acaba por ser representativa de uma pluralidade de cidadãos[65].

Nesse propósito, alguns conceitos se mostram fundantes no desenvolvimento de sua teoria. São eles: i) o desacordo e as circunstâncias da política; ii) majoritarianismo e autoridade; iii) "física do consentimento".

Segundo Waldron, a existência de desacordos é característica marcante de todas as democracias modernas[66], os quais se fragmentariam nas mais diversas áreas, desde justiça social e alguma particular concepção de justiça até os desacordos quantos aos direitos[67]. Os desacordos, portanto, acabam por representar a premissa de todo o desenvolvimento teórico de seu arranjo institucional, o que ficará mais evidente, inclusive, na própria defesa do modelo de um controle de constitucionalidade fraco, como se verá no item 1.3.a.

---

[64] "[...] No plano da retórica, fala-se em absurdo quando a demonstração consequente de uma proposição conduz-nos a uma conclusão manifestamente inaceitável, o que nos obriga a reconhecer a 'verdade' da proposição oposta. Este é, genericamente, o sentido da chamada prova pelo absurdo. Estritamente, portanto, como argumento, *absurdo* não é o destituído de sentido, mas o que tem um sentido *falso* (isto é, inaceitável para o senso comum)." FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 311.

[65] "Penso, no fim, que isso também faz parte do desconforto jurisprudencial que experimentamos a respeito da legislação. A legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, o produto de uma *assembleia* – os muitos a multidão, o populacho (ou seus representantes). Os juízes erguem-se acima de nós no seu solitário esplendor, com seus livros, seu saber e seu isolamento das condições da vida comum. [...] Um parlamento, em contrate, é um corpo rebelde, muitas vezes maior que esse número – talvez até centenas de vezes maior. [...]" WALDRON. **A dignidade da legislação**. *Op. Cit*. p. 37.

[66] "The persistence of these disagreements is characteristic of all modern democracies, and in most societies there is a natural connection between this sort of discussion among intellectuals, constitutionalists, and political scientists and the more formal processes by which the people and their representatives debate and vote on proposals for constitutional reform. [...]" WALDRON. **Law and disagreement**. *Op. Cit*. p. 280.

[67] Especificamente sobre esse último, os desacordos sobre os direitos se repartiriam em três níveis, quais sejam i) desacordos sobre o que seriam direitos; ii) desacordo sobre quais direitos temos e no que são baseados; iii) desacordo quanto à aplicação dos direitos. WALDRON. *Op. Cit.* p. 10-11.

Esse cenário culmina naquilo que ele denominou de "circunstâncias da política", que foi uma adaptação da expressão "circunstâncias de justiça" cunhada por John Rawls[68]. Diante da escassez dos bens disponíveis, bem como os diversos interesses em jogo na sociedade, inevitavelmente haveria conflito pela distribuição. Com isso, o arranjo social deveria encontrar um acordo que supere tal impasse.

Waldron também apoia a esse argumento, porém o destaca de uma questão contingente do contrato social *rawlsiano* e o insere como corolário do próprio jogo democrático/político. Em outras palavras, os conflitos decorrentes dos desacordos também se verificam com um arranjo social em curso[69].

Diante das circunstâncias da política, a legitimidade da decisão do Parlamento prescinde de tecer considerações mais profundas sobre como tal decisão é a mais justa, uma vez que sua autoridade repousa sobre o próprio aspecto relacional quanto à não-decisão. As razões de meta-decisão que conduzem a essa conclusão podem ser percebidas pelo desenho da seguinte estrutura:

A {-1, 1}, B=0, sendo que as decisões possíveis são A>B ou A<B, mas nunca A=B, que caracterizaria o cenário do impasse[70].

---

[68] "Podemos definir as circunstâncias da justiça como as condições normais nas quais a cooperação humana é tanto possível quanto necessária. Assim, conforme comentei no início, embora a sociedade seja um empreendimento cooperativo para vantagens mútuas, é tipicamente marcada por um conflito, bem como por uma identidade de interesses. [...] Assim, precisamos de princípios para escolher dentre os diferentes arranjos sociais que definem essa divisão de vantagens e para que se firme um acordo no tocante às parcelas distributivas apropriadas. [...]" RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. Trad. Rev. Álvaro de Vita. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 153.

[69] "[...] We may say, along similar lines, that the felt need among members of a certain group for a common framework or decision or course of action on some matter, even in the face of disagreement about what that framework, decision or action should be, are *the circunstances of politics*. I believe they are essential for understanding many of the distinctively political virtues, such as civilty, the toleration of dissent, the practice of loyal opposition, and – not least – the rule of law. Certainly they are indispensable for our understanding of procedural decision-rules, like majority-decision, and the concomitante ideas of authority, obligation, and respect." WALDRON. *Op. Cit.* p. 102. Ainda sobre as circunstâncias da política, Richard Bellamy perfila esse argumento, conforme se depreende do trecho a seguir: las circunstancias de la política": básicamente, una situación en la que necesitamos de un acuerdo que obligue a todos colectivamente, debido a que, aunque las opiniones y los intereses diverjan acerca de cuál deber ser la naturaleza de tal acuerdo y aunque no dispongamos de una solución demonstrablemente óptima al respecto, sin él nuestras vidas serían peores de lo que ahora son". BELLAMY. **Constitucionalismo Político**. *Op. Cit*. p. 37.

[70] Conforme se observará na distribuição espacial das preferências dos legisladores, quando do estudo da coalizão no capítulo 2, a manutenção do status quo pode ser uma decisão racional dos atores políticos. No entanto, essa manutenção não representa uma "não-decisão", mas sim uma decisão. A "não-decisão" é decorrente do impasse, em que todos os atores, nessa distribuição espacial, percebem que não há pontos ideais que lhes sejam favoráveis, razão pela qual *qualquer decisão* é melhor do que nenhuma delas.

E qual a técnica de decisão mais adequada nesse cenário de metadecisão? Escorado nas premissas do pluralismo e dos desacordos, as circunstâncias da política acabam por referendar a necessidade do princípio do majoritarianismo como instrumento de decisão mais adequado para o atendimento de tais premissas, sobretudo por respeitar os indivíduos de duas formas: i) respeita a diferença de opinião sobre justiça e bem comum; ii) incorpora o princípio de respeito a cada pessoa integrante no processo[71].

Com isso, naturalmente o processo legislativo, cuja principal forma de decisão é o majoritarianismo, acaba por se o *locus* de excelência para a canalização dos desacordos e superação dos impasses[72].

A defesa da instituição legislativa por Waldron possivelmente encontra seu apogeu na chamada "física do consentimento", conceito que desenvolve a partir da argumentação de John Locke sobre a ideia de que a legislação é produto da força moral da comunidade no processo de deliberação[73].

Duas situações são decorrentes do conceito acima. O primeiro é o descarte da cisão do que seja o ato da maioria para o que seja ato do Parlamento[74], devendo-se interpretar a legislação como ato do todo, não da facção majoritariamente vencedora na arena legislativa. O segundo é a interpretação da legislação como produto vetorial, em que a tensão entre vencedores e vencidos não se sustenta. Ao contrário, interpreta-se a legislação como fruto de debates e influxos que avançam, por vezes, em movimentos distintos.

---

[71] "But I want to stress the regards in which majority-decision respects the individuals whose votes it aggregates. It does so in two ways. First, it respects their differences of opinion about justice and the common good […] Second, it embodies a principle of respect for each person in the processes by which we settle on a view to be adopted as ours even in the face of disagreement. But I want to stress the regards in which majority-decision respects the individuals whose votes it aggregates. It does so in two ways. First, it respects their differences of opinion about justice and the common good […] Second, it embodies a principle of respect for each person in the processes by which we settle on a view to be adopted as ours even in the face of disagreement." WALDRON. *Op. Cit*. p. 109.

[72] Richard Bellamy aponta condições coincidentes entre a regra da maioria e o uso público da razão, quais sejam (i) o anonimato, ou seja, a igualdade entre os votantes; (ii) neutralidade diante das alternativas possíveis; (iii) é uma regra de decisão responsiva. BELLAMY. **Constitucionalismo Político**. *Op. Cit. p. 245-250.*

[73] WALDRON. **A Dignidade da Legislação**. *Op. Cit*. p. 166.

[74] "I think this is based on a deep misapprehension about the political authority of a legislature and about the priniple of majority-decision. A statute passed in Parliament is an *Act of Parliament*, not an act of the majority party. [...] Even if the legislative and elective procedures are majoritarian, the citzen's allegiance is to the principle of majority-decision not to the (members of the) majority." WALDRON. **Law and Disagreement**. *Op. Cit*. p. 144.

E é justamente sobre essa segunda situação que a pesquisa desenvolvida nos capítulos 3 e 4 terá a capacidade de trazer maiores elementos na prática. A principal fonte para verificação de que o Parlamento seria um corpo coeso, cujo agir dos atores políticos teriam o condão de ditar a direção de seu movimento, seriam as próprias estratégias das minorias parlamentares intervirem no curso de ação durante o processo legislativo. Entretanto, apesar da sofisticação teórica proposta por Waldron, o arranjo institucional (ao menos o brasileiro) é desenhado como forma de superar impasses e acaba, por consequência, dando totais condições para a maioria parlamentar aprovar a proposição legislativa tal como deseja, sem que haja desvios no curso de ação.

Antes de avançar para os próximos dois aspectos centrais que caracterizam o constitucionalismo político em sua dimensão diagnóstica, é interessante resgatar algumas lições que robustecem a importância das instituições representativas no debate constitucional e, portanto, acabam por reforçar a dignidade da legislação.

O desenvolvimento teórico de Richard Bellamy também coincide com várias ideias abordadas por Waldron, notadamente a crítica às instituições judiciais, a menção às circunstâncias da política e a defesa da regra da maioria, razão pela qual trechos de sua obra foram citados ao longo da exposição das principais lições do autor neozelandês.

No entanto, o autor britânico toma o republicanismo[75] como premissa subjacente à sua proposta de constitucionalismo político. Sua perspectiva, escora-se nos conceitos clássicos que remontam àquela matriz: i) liberdade negativa, que se dividiria em liberdade como não-

[75] Tanto o conceito de liberdade positiva, na obra "Dois conceitos de liberdade" de Isaiah Berlin, quanto o de liberdade dos antigos, no texto "Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos" de Benjamin Constant, podem ser atribuídos como conceitos centrais do republicanismo. Esses dois conceitos exaltam a participação política e o autogoverno, questões centrais para esse modelo. Cf. BERLIN, Isaiah. **Liberty**: Incorporating four essays on liberty. Oxford (RU): Oxford University Press, 2002.; CONSTANT, Benjamim. **Liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Disponível em < http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em 20 nov 2017.; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 218.

interferência[76] e liberdade como não-dominação[77]; ii) uso público das razões[78]; iii) equilíbrio de poderes[79].

Os conceitos acima desaguam na proposta procedimental de "constituição democrática"[80], em que a igualdade dos cidadãos somente se concretiza a partir de procedimentos que sejam capazes de concretizar os conceitos mencionados no parágrafo anterior. Logo, o instrumento decisório que é capaz de concretizar essa proposta é a regra da maioria.

A aposta de Bellamy é no próprio jogo democrático como forma de concretizar a Constituição, sem que seja necessário se recorrer a um ator exógeno para garantir a democracia ou própria Constituição[81]. Daí a importâncias das instituições políticas e do processo legislativo como forma de dar completude a esse cenário.

---

[76] "[...] Entender la libertad como independencia frente al domínio más que frente a la interferencia implica insistir en este fundamento común y revela por qué deberíamos concebir el gobierno limitado en términos de control popular y no en los de restricciones apriorísticas de ciertas clases de intervención estatal." BELLAMY. **Constitucionalismo Político**. *Op. Cit*. p. 172.

[77] "No habrá dominación en la medida en que la acción del Estado emane de provisiones que resulten consistentes com tal condición de igualdad. Como vimos, la libertad como no-interferencia implica que todo gobierno daña en algún grado la libertad, por lo que éste há de reducirse al mínimo. Sin embargo, la libertad como no-dominación permite que la ley, y por tanto la interferencia, genere libertad. Lo fundamental es que el poder estatal no se ejerza de un modo dominante, esto es, se ejerza de un modo tal que ni haya deferencia ni se genere. [...]" BELLAMY. **Constitucionalismo Político.** *Op. Cit*. p. 176.

[78] Aqui, é evidente que Bellamy remete à formulação teórica de John Rawls na obra *Liberalismo Político*. RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York (EUA): Columbia University Press, 2005. p. 212 e ss.; RAWLS, John. The idea of public reason revisited. **The University of Chicago Law Review**. v. 64, n. 3, 1997. pp. 765-807. Sobre essa modalidade de raciocínio, o autor britânico aponta 7 formas pelas quais o raciocínio pode ser público: 1) pode ser aberto e transparente; 2) pode dimensionar a supremacia do interesse público; 3) pode empregar conjunto de normas públicas; 4) pode se dirigir ao público; 5) pode ser acessível aos componentes do público; 6) pode ser empreendido pelo público; 7) pode estimular decisões aceitáveis por todos. BELLAMY. **Constitucionalismo Político**. *Op. Cit*. p. 196.

[79] Esse conceito não se confunde com a "separação de poderes", já que esse se ocupa da multiplicação dos pontos de veto para minimizar as interferências na esfera privada, ao passo que o "equilíbrio de poderes" representa uma divisão horizonta do poder capaz de ser responsiva aos interesses dos cidadãos. Nas suas palavras: "Lo que podría denominarse como concepción moderna del equilíbrio de poderes utiliza el pluralismo dinámico y los desacuerdos de las sociedades democráticas para promover los valores constitucionales, más que para subvertirlos. [...] la concepción competitiva del equilibrio obliga a las minorias a escuchar y a combinarse entre ellas para construir mayorías, lo mismo ocorre con el desarrollo procedimental del uso público de la razón discutido en la sección anterior." BELLAMY. **Constitucionalismo Político**. *Op. Cit*. p. 225.

[80] "La única ruta hacia la promoción de un igual reconocimiento entre los ciudadanos reside por tanto en procurar que la democracia se supervise a sí misma. Si – se interprete como se interprete – un sistema de votos iguales, regla de la mayoría de partidos en competência, oferece un sistema plausible para proporcionar a los ciudadanos una voz igual relativa a las maneras mediante las que se organizan los acuerdos colectivos – incluisods los del processo democrático –, entonces se habrá garantizado una constitución democrática autoconstituyente que evita la dominación a través de normas arbitrarias. [...]" BELLAMY. **Constitucionalismo Político**. *Op. Cit*. p. 239.

[81] Esse é o fundamento de legitimidade – a defesa das pré-condições da democracia – da intervenção do Judiciário no jogo democrático, seja para John Hart Ely, seja para Robert Dahl. Sobre essa percepção, cf. ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. Rev. Técnica Alonso Reis Freire. Rev. e Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 136.;

A incorporação desses aportes teóricos ao presente trabalho faz sentido não apenas como forma de referendar a importância da dignidade da legislação (e da interpretação constitucional levada a cabo pelas instituições representativas), mas sobretudo pelo descarte da percepção de que o Judiciário integra uma variável exógena ao arranjo institucional. Conforme será debatido no capítulo seguinte, a figura do presidencialismo de coalizão, tal como formulada pelos autores que se debruçam sobre o tema, não abarca o fator de impacto que o Judiciário possui na formação das coalizões. Todavia, interpretar essa instituição como uma variável exógena explica muito pouco as razões pelas quais os parlamentares (especialmente as minorias) enxergam a judicialização do processo legislativo como uma estratégia de ação.

Por esse motivo, abordar o Judiciário como uma variável endógena ao arranjo da coalizão, afasta-se por completo os argumentos que sustentam a legitimidade dessa instituição por se caracterizar como um *veto player* externo ao jogo político. Ao contrário, integra-se como um *player*, cuja performance é insuficiente para modificar o curso de ação, tal como a abordagem empírica do capítulo 4 demonstra.

Assim, Bellamy acerta em sua abordagem procedimental republicana de defesa da Constituição justamente por minimizar o papel do Judiciário e salientar a importância das instituições político-representativas.

Jürgen Habermas é outro ator que reforça a argumentação desenvolvida na presente seção e também se filia a uma concepção procedimentalista da Constituição. Ao contrário de Bellamy, porém, essa concepção vê a jurisdição constitucional como exógena ao jogo democrático e ela se justifica na exata medida em que se faz necessária para garantir direitos básicos[82].

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 298.

[82] São 5 direitos básicos: 1) direitos que resultem o maior grau possível de iguais liberdades subjetivas de ação; 2) direitos que confiram o status de membro na comunidade jurídica; 3) direitos que permitam a sindicabilidade judicial dos direitos; 4) direitos relativos à autonomia política; 5) direitos que garantem as condições de bem estar e que permitam a concretização dos quatro direitos anteriores. HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**: sobre el derecho y e Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta. 2010. p. 188-189. Habermas, por óbvio, acaba por concordar com os fundamentos lançados por Dahl e Ely, mencionados na nota de rodapé 81.

Seria contraproducente reconstruir todas as premissas e conceitos centrais da obra *Facticidad y Validez*, diante da amplitude dos temas que o autor aborda ao longo dos capítulos – que passam desde a sua proposta de razão comunicativa que funda a democracia deliberativa discursiva até considerações sobre problemas decorrentes da crise do estado nacional e seu modelo de sociedade pós-nacional como se viu no início do presente capítulo.

Contudo, ciente da suposta crítica ao sincretismo na conjugação dos autores, já que se exaltou em Bellamy justamente sua crítica ao "constitucionalismo legal" como forma de minimizar o papel do Judiciário no arranjo institucional e Habermas perfila o entendimento contrário, verifica-se que Habermas pode ser catalogado como um autor adepto ao constitucionalismo político. E isso se dá pela importância que o autor confere ao processo legislativo.

A condição de validade das normas jurídicas se dá a partir do assentimento dos afetados pelas normas, que se constituem, simultaneamente, como destinatários e autores dessas normas[83]. O *princípio da universalização* veicula a defesa do autogoverno em Habermas e busca afirmar a importância do aspecto racional na produção normativa, que se desloca das teorias da autoridade (que, conforme visto acima, é indispensável para a compreensão da regra da maioria[84]) e aposta em uma dinâmica discursiva em que os participantes do processo democrático compreenderão as razões subjacentes a essa produção.

Nesse sentido, a aceitação racional das normas está entrelaçada com a razão comunicativa[85], que enxerga a linguagem como uma condicionante para o entendimento intersubjetivo entre os

[83] "[...] La idea de Estado de derecho exige que las decisiones colectivamente vinculantes del poder estatal organizado a que el derecho há de recurrir para el cumplimiento de sus proprias funciones, no sólo se revistan de la forma de derecho, sino que a su vez se legitimen ateniéndose al derecho legítimamente establecido. [...] Y en el nível postradicional de justificación sólo puede tener-se por legítimo el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes." HABERMAS. **Facticidad y Validez**. *Op. Cit*. p. 202. Sobre o tema, conferir também SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2014; CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

[84] Frise-se, contudo, que a regra da maioria não é descartada por Habermas, visto que ele também a enxerga como uma regra decisória: "[...] La regla de la mayoría mantiene una relación interna con la búsqueda de la verdad por vía de que la decisión tomada por la mayoría sólo representa una cesura en una discusión ininterrumpida, que no fija, por así decir, sino el resultado provisional de una permanente formación discursiva de la opinión [...]" HABERMAS. **Facticidad y Validez**. p. 247.

[85] "La razón comunicativa empieza distiguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuída al actor particular o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa. Esta racionalidad viene inscrita en el *telos* que representa el entendimiento intersubjetivo y constituye um *ensemble* de condiciones posibilitantens a la vez que restrictivas. [...]" HABERMAS. **Facticidad y Validez**. *Op. Cit*. p. 65.

sujeitos. Trazendo esse pressuposto para o ambiente institucional, essa aceitação está condicionada ao *princípio do discurso*[86], que é justamente a aceitação racional da validez dos que foram/estão sendo afetados pelas normas, e ao *princípio democrático*[87], que se caracteriza no procedimento em que tal assentimento é desenvolvido. E o direito, nesse contexto, é o meio que acaba por sintetizar esse procedimento[88].

O que esse arcabouço sugere? Para além do consenso na criação normativa, a ideia de que o processo democrático e, por óbvio, o processo de criação de leis são marcados pelo duelo de razões. Por isso é plenamente defensável o resgate à dignidade da legislação, visto que é insofismável a existência de debate (constitucional) pelas instituições representativas[89].

1.2.2 Ausência de intérprete constitucional judicial final ou por que não se deve falar em supremacia judicial?

A presente seção será um pouco mais compacta que a anterior, mas ainda se ocupará de um tema incontornável na filosofia constitucional, qual seja a existência e/ou necessidade de uma instituição que seja responsável pela última palavra no tocante às questões constitucionais.

Especificamente sobre esse tema, a principal antítese à supremacia judicial não se observa por autores que propugnam um modelo de defesa ao processo legislativo e às instâncias político-representativas, ou seja, pelos adeptos do constitucionalismo político. As principais críticas sobre a "última palavra" foram formuladas pelos autores que se filiam a teoria dos diálogos constitucionais, até porque a "interpretação" acaba por ser o principal objeto de verificação da relação entre as instituições nessa vertente.

Nesse sentido, a interpretação constitucional acaba por representar a principal variável que faz parte das análises dos teóricos que se filiam às teorias dialógicas, ao passo que o constitucionalismo político lança luzes para as questões de legitimidade democrática e autoridade para enxergar a "última palavra" como desenvolvimento do argumento. Com isso,

[86] HABERMAS. **Facticidad y Validez**. *Op. Cit*. p. 226.
[87] HABERMAS. **Facticidad y Validez**. *Op. Cit*. p. 238.
[88] HABERMAS. **Facticidad y Validez**. *Op. Cit*. p. 217.
[89] Ana Paula de Barcellos também aposta na veiculação das razões durante o processo legislativo como forma de legitimidade desse, naquilo que conceituou como "Devido Procedimento na Elaboração Normativa". BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 71 e seguintes.

aquela corrente acaba por apresentar *insights* teóricos mais pertinentes sobre como interpretação e deliberação estão correlacionadas.

Uma pergunta relevante nesse momento é a seguinte: aderir argumentos que remontam às teorias dialógicas teria a aptidão de comprometer a "higidez" do modelo de constitucionalismo político que vem se desenhando no capítulo? Em linhas gerais, estar-se-ia incorrendo em um tipo de sincretismo metodológico pela adoção de marcos teóricos díspares?

Esse questionamento é superado por algumas razões.

A primeira delas diz respeito à própria sobreposição inevitável das críticas que devem ser dirigidas à supremacia judicial. Ora, é natural que a dimensão descritiva (diagnóstica) das teorias dialógicas[90] lance críticas a um modelo de supremacia judicial que seriam partilhadas, sem que isso incorresse em algum tipo de contradição performática, pela dimensão descritiva do constitucionalismo político.

A segunda razão passa pela própria insuficiência do modelo teórico do constitucionalismo político em alcançar a tensão hermenêutica constitucional *versus* instituições. Habermas, catalogado como um defensor do constitucionalismo político na seção anterior, não gasta mais do que uma dezena de páginas para abordar o tema da fundamentação e argumentação jurídica[91], por exemplo. Waldron se ocupa de maneira sutil no capítulo 4 de *Law and Disagreement* da questão da textualidade e interpretação, recorrendo à autoridade da legislatura como forma de contornar possíveis problemas decorrentes da polissemia[92].

[90] Tal como desenhado por Christine Bateup, as teorias dos diálogos constitucionais podem se dividir em teorias descritivas (como ocorrem os processos de interação entre as instituições) e teorias normativas (como deveriam ser os processos de interação entre as instituições). Além dessa classificação ter servido de inspiração para se desenvolver o modelo teórico do constitucionalismo político que se apresenta no presente trabalho, a importação dessa teoria em sua dimensão normativa foi objeto de ensaio por mim desenvolvido. Cf. BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**. v. 71, n. 3. 2006. pp. 1109-1180; ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da. É possível falar em teoria normativa dialógica no Brasil? **Revista Estudos Institucionais**. v. 2, n. 2. 2016. pp. 974-1006.
[91] HABERMAS. **Facticidad y Validez**. *Op. Cit*. p. 293-209.
[92] WALDRON. **Law and disagreement**. *Op. Cit*. p. 69-87.

Ademais, nem mesmo a teoria dos diálogos constitucionais se arvora em aspectos mais densos da hermenêutica, tais como giro linguístico[93], pré-compreensão[94], paradigmas[95] e ideologia[96]. Porém, a interpretação desenvolvida pelas instituições acaba por ser uma fonte de investigação muito mais presente nos trabalhos dos adeptos da teoria dialógica, do que nos que se inserem no constitucionalismo político.

A terceira razão versa exatamente no modelo teórico que se desenvolve no presente trabalho. O catálogo e a nomenclatura são importantes, até como forma de sistematização das ideias. Todavia, não podem representar um fim em si mesmo, já que a principal finalidade é embasar no plano teórico as variáveis e os indicadores que serão debatidos a fundo nos capítulos 3 e 4, quando se analisará detidamente as estratégias das minorias parlamentares durante o processo legislativo.

Em síntese, conjugar temas que têm sido estudados de forma estaque pelas teorias dialógicas e pelo constitucionalismo político não denota um sincretismo. Ao contrário, permitirá que a teoria se torne ainda mais refinada e, portanto, capaz de abranger o problema da interpretação constitucional, do processo legislativo e das instituições em sua completude.

Tecidas essas considerações de ordem metodológica, retorne-se ao ponto central da presente seção, qual seja a recusa em imaginar que o Judiciário deva ser (ou efetivamente seja) o detentor da última palavra.

Os modelos de arranjo institucional que preveem a supremacia judicial encontram inúmeras justificativas, como por exemplo: i) percepção de que o Judiciário é um ator exógeno ao jogo

---

[93] WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. Trad. José Carlos Bruni. In: Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

[94] "A interpretação constitucional não opera no vazio. Ao contrário, é efetivada em condição histórica e socialmente situadas. Toda interpretação é contextualizada, uma vez que o intérprete não capta o sentido da norma fora de sua existência, ou com a 'mente em branco'." PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 47. Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2001.

[95] "Los cambios revolucionarios son diferentes y bastante más problemáticos. Ponen em juego descubrimientos que no pueden acomodarse dentro de los conceptos que eran habituales antes de que se hicieran dichos descubrimientos. Para hacer, o assimilar, un descubrimiento tal, debe alterarse el modo en que se piensa y describe um rango de fenómenos naturales [...]" KUHN, Thomas S**. ¿Qué son las revoluciones científicas?** Barcelona (ESP), Buenos Aires (ARG) e Cidade do México (MEX): Paidós, 1989. p. 59.

[96] RICOUER, Paul. **Interpretação e ideologias**. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1990.

democrático, por isso teria melhores condições de proteger a democracia e a Constituição[97]; ii) os magistrados seriam agentes politicamente desinteressados e insulados politicamente[98]; iii) razões de moralidade pública, comprometimento moral e caráter contramajoritário[99]; iv) *settlement function*[100], ou autoridade intrínseca das Cortes.

Muito embora inegável a sofisticação teórica dos argumentos mencionados acima, eles apresentam problemas tanto no plano hipotético, quanto no plano de transposição desses modelos para empiria.

A seção anterior já deu pistas no sentido de que o Judiciário não está tão à margem do jogo político, fato que será reforçado e progressivamente demonstrado ao longo do trabalho.

No momento, serão debruçados dois eixos argumentativos que serão capazes de afastar um modelo de supremacia judicial e, naturalmente, descartar suas justificativas supramencionadas: i) a ausência de intérprete constitucional último; ii) a responsividade do Judiciário ao Congresso e à opinião pública.

A *settlement function of law*, ou função de estabilização do direito, é conceito chave na defesa formalista do direito de Frederick Schauer. Em linhas gerais, o direito produz uma razão de conteúdo independente para dirimir os desacordos que lhe são submetidos. Ou seja, os agentes devem obedecer ao direito pelo fato de ser o direito (ou "porque sim"). Há uma razão baseada em sua autoridade intrínseca[101].

Valendo-se desse conceito, Schauer, juntamente com Larry Alexander, sustenta o seguinte silogismo: a Constituição, tal como o direito, busca a estabilidade (*settlement*). E a interpretação

---

[97] Conferir nota de rodapé 81.
[98] EISGRUBER, Christopher. **Constitutional Self-Government**. Cambridge/MA (EUA), London (RU): Harvard University Press, 2001. p. 57.
[99] Conferir notas de rodapé 9 e 266.
[100] ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending a judicial supremacy: a reply. **Constitutional Commentary**. v. 17, n. 45, 2000. p. 455-482.; ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. **Harvard Law Review**. v. 110, n. 7, 1997. p. 1359-1387.
[101] SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision making in law and life. Kindle Edition. Oxford (RU): Claredon Press, 2002. p. 2435 e ss. Sobre o tema, conferir MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito**: de Platão a Frederick Schauer. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 173.; Cf. STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico. *In*: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 463-482.

judicial constitucional serve para promover essa estabilidade. Por isso, independente do que a Corte decidir, sua decisão deve ser obedecida[102].

Porém, esse salto possui uma inconsistência do plano teórico. Os autores recorrem a uma finalidade do direito para justificar o arranjo institucional que enxerga a primazia das Cortes em questões de interpretação constitucional. Ocorre que essa mediação deixa de fora inúmeras circunstâncias que são decorrentes da interpretação constitucional, tais como a presença de questões morais controvertidas na agenda da Corte, julgamento de temas de saliência política e as próprias dificuldades que se sucedem como forma de justificar a legitimidade democrática do Judiciário.

E mais, a autoridade é um fundamento relevante para justificar regras decisórias, ou seja, repousa-se no plano da metadecisão, assim como a regra da maioria. No entanto, está longe de ser o único, ou sequer o principal argumento que justifique o arranjo institucional modelado pelos autores.

Para além da inconsistência acima, os autores apontam os riscos de uma "anarquia interpretativa"[103], caso não se opte pela supremacia judicial. Essa externalidade igualmente não se verifica, até porque o raciocínio *a contrario sensu* incorre em uma falácia: a existência de Cortes Constitucionais seria uma garantia contra a anarquia interpretativa. Os seguintes exemplos são elucidativos para demonstrar a debilidade desse argumento.

Em fevereiro de 2016, o STF decidiu no sentido de que a execução provisória da sentença penal condenatória não fere o princípio da presunção de inocência[104]. Com isso, tornou-se possível que o réu no processo penal fosse preso, antes que houvesse o trânsito em julgado da condenação.

No entanto, perceba como a jurisprudência cambaleou por entendimentos diametralmente opostos: i) a execução provisória fere a presunção de inocência; ii) a execução provisória não fere a presunção de inocência.

[102] ALEXANDER; SCHAUER. On extrajudicial constitutional interpretation. *Op. Cit*. p. 1372.
[103] ALEXANDER; SCHAUER. On extrajudicial constitutional interpretation. *Op. Cit*. p. 1379.
[104] HC 126.292/SP, Min. Rel. Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016, DJe em 16 de maio de 2016.

A jurisprudência consolidada do STF, mesmo após o advento da Constituição de 88, era que, uma vez esgotada as instâncias ordinárias, seria possível a expedição do mandado de prisão, em caso de condenação, mesmo que na pendência de recursos extraordinários[105]. A execução provisória foi admitida por mais de vinte anos pela Corte.

Em 2009, por sua vez, o STF reviu o entendimento consolidado e passou a interpretar o art. 5º, LVII, da Constituição, que expressamente prevê que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" de modo a proibir a execução provisória da pena[106].

Em 2011, na esteira do entendimento revisto pelo STF, foi aprovada a Lei nº 12.403, que veiculou a reforma no Código de Processo Penal sobre a prisão, de modo a sistematizar as medidas cautelares e detalhar as hipóteses autorizativas da prisão preventiva e liberdade provisória. Com a reforma, passou a estar expressamente consignado no texto legal a previsão de "sentença condenatória transitada em julgado", o que afastou por completo a execução provisória da condenação.

Mas como observado acima, em 2016 o STF reviu o entendimento revisto, de modo a restaurar a possibilidade de execução provisória, sem que isso implique na violação da presunção de inocência. E no mesmo ano, a Corte deu interpretação conforme à reforma supracitada no Código de Processo Penal[107], com o intuito de consolidar esse entendimento.

Independente dos (des)acertos da decisão, a idas e vindas do STF sobre a execução provisória da pena são ilustrativas da incipiente cultura de precedentes no Brasil. As mudanças de entendimentos reiteradas num curto de espaço de tempo produzem um efeito de instabilidade e incertezas sobre os destinatários. Portanto, não há que se falar em *settlement function* nessas decisões judiciais, o que dirá de um Judiciário como contrapeso às anarquias interpretativas.

[105] HC 70.352/RJ, Min. Rel. Paulo Brossard, julgado em 22 de março de 1994, DJ em 10 de junho de 1994.; HC 72.077/RS, Min. Rel. para acórdão Maurício Côrrea, julgado em 03 de março de 1995, DJ em 16 de junho de 1995.; HC 89.952/MG, Min. Rel. Joaquim Barbosa, julgado em 15 de maio de 2007, DJe em 29 de junho de 2007.
[106] HC 84.078/MG, Min. Rel. Eros Grau, julgado em 05 de fevereiro de 2009, DJe 25 de fevereiro de 2010.
[107] ADC 43/DF e ADC 44/DF, Min. Rel. Originário Marco Aurélio, julgamento conjunto em 05 de outubro de 2016. Acórdão pendente de publicação.

A teoria dos diálogos constitucionais fornece aportes relevantes que denotam exatamente o contrário. A decisão judicial acaba por representar (mais) uma etapa procedimental da interpretação constitucional, que acaba por ser desenvolvida através de um processo interativo com outras instituições[108]. Daí a percepção de que a Constituição se dá através de uma dinâmica de construção coordenada[109], sequelas legislativas[110] e "últimas palavras provisórias"[111].

Um exemplo que possui a aptidão de esclarecer essa hipótese passa pela própria interpretação do princípio da igualdade na história constitucional americana[112]. O "We, the People", que introduz o texto da Constituição americana está estampado desde sua promulgação, em 1787. Porém, o paradigma do "povo" quando da feitura do texto simbolizava homens, brancos, empresários e proprietários rurais, não abrangendo negros e mulheres. No fim do Século XIX, veio as 13ª e 14ª emendas constitucionais, que veicularam, respectivamente, o fim da escravidão e o *equal protection*, e que passaram a incluir o negro no conceito de "povo". Contudo, essa inclusão não representou igualdade fática, já que o paradigma que passou a ser predominante foi o do *separated but equal*, o qual só caiu por terra na metade do Século XX, com a decisão do caso *Brown vs. Board of Education*. E hoje, discute-se se a partir da própria cláusula da igualdade se é possível o direito à diferença[113].

---

[108] [...] Dialogue theories emphasize that the judiciary does not (as an empirical matter) nor should not (as a normative matter) have a monopoly on constitutional interpretation. Rather, when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning. In short, constitutional judgments are, or ideally should be, produced through a process of shared elaboration between the judiciary and other constitutional actors." BATEUP. The dialogic promise. *Op. Cit*. p. 1109.

[109] FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: Interpretation as Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988.

[110] HOGG, Peter; BUSHELL, Alisson. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the Chrter of Rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**. n. 1, v. 35, 1997. p. 75-124.; DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **I-CON**. v. 5, n.3, 2007. p. 391-418.; DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference. Osgoode Hall Law Journal. v. 47, 2009. p. 235-286.; PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional deliberation in Congress**: The impact of judicial review in a Separated System. Durham (EUA): Duke University Press, 2004.

[111] MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

[112] Esse salto histórico na interpretação constitucional acerca da cláusula de igualdade nos EUA pode ser depreendido a partir de inúmeros autores. Por todos, Cf. ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. ACKERMAN, Bruce. **Nós, o Povo Soberano**: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

[113] COURA, Alexandre de Castro. AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Diversidade sexual e (re)construção da identidade constitucional brasileira: reflexões acerca da igualdade jurídica à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2009. pp. 345-370.

O que esse breve percurso histórico denota? A interpretação constitucional não é (nem poderia ser) condicionada a uma única instituição. Inclusive, a mudança de paradigma acima sequer pode ser atribuída exclusivamente à "conversa" entre as instituições, pois também contou com movimentos sociais e a participação do povo nesse cotejo (cuja significação remonta ao constitucionalismo democrático retratado no início do capítulo).

Não bastasse a descaracterização do intérprete último, as teorias dialógicas e do constitucionalismo político fornecem elementos que permitem duvidar do efetivo caráter contramajoritário da Corte.

Barry Friedman, em sua perspectiva de um "constitucionalismo popular mediado"[114], disserta com o objetivo de demonstrar como o Judiciário está condicionado ao apoio popular difuso[115]. Essa percepção encontra respaldo nos testes empíricos de David Barnun, sobre a influência da opinião pública na Suprema Corte americana após o *New Deal*[116], bem como nos testes de Thomas Marshall e Joseph Ignagni, que analisam o percentual de sobreposição da opinião pública com as decisões da Suprema Corte sobre direitos[117] e de Gregory Caldeira e James Gibson sobre a necessidade de apoio público das decisões da Suprema Corte[118].

Além da proximidade entre decisão judicial e opinião pública, a aplicação de modelos da *rational choice* sobre o comportamento judicial dos juízes americanos também demonstra que os votos na Suprema Corte seguem padrões relacionais à possível reação ao Congresso

[114] É curioso que, apesar da nomenclatura, o autor não se apresenta como um cético do *judicial review* e adepto do constitucionalismo político, razão pela qual não fora citado no início do capítulo, qual se fez a catalogação dos autores que se filiam a essa corrente. Friedman aponta muito mais para uma abordagem dialógica e responsiva da Corte, o que permitiria incluí-lo como adepto das teorias dos diálogos constitucionais. FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. **Michigan Law Review**. v. 101, march 2004. pp. 2595-2632. FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**. v. 91, february 1993. pp. 577-682.

[115] "Given the incentive judges face to remain within the range of public opinion, it takes no large step to see that they can ensure their decisions do not stray too far outside the mainstream. There certainly is evidence that in high-profile cases judges have taken such care.48 Judges do not live in a cocoon; they are of this world. It is not credible to think that judges lack information about the way their judgments might be received.49 Of course, the more divided the polity, the more difficult it will be for a judge to be certain, and in some cases judges may miss the mark. None of this is to claim that judges do, or should," FRIEDMAN. Mediated Popular Constitutionalism. *Op. Cit*. p. 2610.

[116] BARNUM, David. The Supreme Court and Public Opinion: judicial decision making in the Post-New Deal Period. **The Journal of Politics**. v. 47, n. 2, jun 1985. pp. 652-666

[117] MARSHALL, T.; IGNAGNI, J. Supreme Court and public support for right claims**. Judicature**. v. 78, n. 3, nov.dec 1994

[118] CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The etiology of public support for the Supreme Court. **American Journal of Political Science**. v. 36, issue 3 , aug. 1992. pp. 635-664.

Americano[119]. Disso decorre que as decisões judiciais estão condicionadas a uma possível antecipação às reações do Legislativo, que operaria tanto por meio dos *legislative overrides*, que serão debatidos abaixo, quanto por meio de "ataques institucionais", tais como limitações orçamentárias e corte em benefícios aos magistrados.

As análises empíricas desenvolvidas nos trabalhos mencionados nos dois parágrafos anteriores referendam a hipótese que tem sido abraçada no decorrer do capítulo, qual seja a percepção de que o Judiciário não está "fora" do jogo político-democrático, mas sim inserido nesse contexto e tem sua atuação contingente com as circunstâncias que dele decorrem. Por isso, além de se descartar o papel do contramajoritarianismo como fundamento de legitimidade, lançam-se mais dois elementos (proximidade com a opinião pública e a "lei de antecipação de decisões") como ingredientes que tornam essa instituição uma variável endógena no arranjo institucional, que serão retomados no próximo capítulo.

1.3 O constitucionalismo político em sua dimensão prescritiva (normativa)

A dimensão descritiva do constitucionalismo político pavimenta importantes reflexões sobre a legitimidade subjacente ao processo legislativo, bem como marca os contornos de ceticismo da atividade judicial como qualitativamente superior às instâncias representativas. Assim, não se subestima a aplicação dos conceitos discutidos na seção anterior para análise de qualquer realidade institucional – não sendo diferente a realidade brasileira.

Por outro lado, as lições desenvolvidas na presente seção se revelam problemáticas por diversos motivos.

Primeiro, a tentativa de desenvolver um arranjo institucional que seja atemporal e aplicável a inúmeras realidades é evidentemente fadada ao fracasso. Traçar um denominador comum extensível a todos os países, diante de todas peculiaridades e idiossincrasias, deixaria muita coisa de fora, sobretudo pontos de relevo como o projeto constitucional, o modelo democrático

[119] SEGAL, Jeffrey A.; WESTERLAND, Chad; LINDQUIST, Stefanie A. Congress, the Supreme Courte, and Judicial Review: Testing a Constitutional Separation of Powers Model. **American Journal of Political Science**. v. 55, n. 1, January 2011. pp. 89-104.; SEGAL, Jeffrey A. Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts. **American Political Science Review**. v. 91, n. 1, March 1997. pp. 28-44.; WHITTINGTON, Keith E. "Interpose your friendly hand": Political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. **American Political Science Review**. v. 99, n. 4, November 2005. pp. 583-596.

e as nuances do ordenamento jurídico de cada localidade. Isso tomando por pressuposto Constituição, democracia e direito, que não necessariamente compõem o cotidiano de *todas* as nações.

Segundo, superado esse problema de matriz epistemológica, naturalmente a contextualização do arranjo institucional proposto lança o questionamento de sua adequação para a realidade brasileira. É inegável que as assimetrias[120] tão marcantes nesse contexto repercutem em qualquer mediação teórica, especialmente àquelas que retratem aspectos institucionais.

Terceiro, a dimensão prescritiva do constitucionalismo político torna ainda mais marcante o aspecto de crítica ao Judiciário (e, por extensão, à supremacia judicial na interpretação constitucional). Com isso, os três aspectos institucionais propositivos que são retratados abaixo passam por algum tipo de debilitação da atividade judiciária, ao menos em questões constitucionais.

E é exatamente sobre esse terceiro motivo que é possível assumir como a principal insuficiência do constitucionalismo político normativo. Ainda que se incorpore traços da teoria dialógica no constitucionalismo político, como foi feito na seção anterior, o arranjo institucional que se depreende dos autores busca aumentar a importância do Legislativo em detrimento do Judiciário. No entanto, problemas endêmicos à representação, por exemplo a crise na representatividade discorrida na introdução do capítulo, não são sequer enfrentados por esses autores, que apostam apenas no menor dimensionamento de um poder com relação ao outro.

De todo modo, cumpre expor os argumentos que integram cada arranjo proposto e indica-los por quais motivos são incongruentes com a realidade brasileira.

1.3.1 Controle de constitucionalidade fraco (*weak form of judicial review*)

[120] A assimetria nas relações sociais se dá entre os "subintegrados" e "sobreintegrados", para se valer dos conceitos de Marcelo Neves, ou entre os "invisíveis, demonizados e imunes", expressão que remete a Oscar Vilhena Vieira. Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 248-250.; VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 207 e ss.

A jurisdição constitucional entendida como a possibilidade de revisão judicial da constitucionalidade de leis não é indispensável à democracia[121]. Ainda há países que adotam a supremacia legislativa quanto à interpretação constitucional em alguma medida e isso não denota que haja algum tipo de insuficiência com relação à democracia ou ao constitucionalismo[122].

Se a própria jurisdição constitucional acaba por ser uma "opção" do Poder Constituinte de cada país, com muito mais razão acaba por ser a hipótese da versão fraca do controle de constitucionalidade (*weak form of judicial review*). Mas em que consiste essa versão fraca?

O principal elemento distintivo consiste na declaração de nulidade da legislação a partir da decisão do Judiciário. Na versão forte do *judicial review*, além de declarar a incompatibilidade com a Constituição, a Corte acaba por declará-la inválida. Por outro lado, na versão fraca, a atuação da Corte resume-se à declaração de incompatibilidade, cuja inconstitucionalidade pode aparecer na *ratio decidendi* do caso em análise. Contudo, o papel de declarar a invalidade da legislação inconstitucional é do Parlamento[123].

Em linhas gerais, o cerne da discussão acaba por criar uma cisão na atividade interpretativa, entre a interpretação propriamente dito e a aplicação do direito que é subjacente a tal atividade[124].

---

[121] "A jurisdição constitucional não é nem incompatível nem indispensável à democracia. Aqueles que esposam uma posição contrária e declaram que a jurisdição constitucional não é uma condição necessária à democracia argumentam que as constituições democráticas guardam pouco ou nenhum valor se não forem resguardadas por uma instituição que garanta que o governo irá cumprir as disposições constitucionais. [...] Por outro lado, há suficientes provas históricas de que um estado democrático pode dispensar o controle judicial de constitucionalidade. As constituições não estão condenadas a permanecer como meros tigres de papel se não houver órgãos especializados para garantir a sua aplicação. [...]" GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de Direito do Estado**. n. 4, jul/set 2006. pp. 4-22. p. 9.

[122] Citem-se como exemplos Inglaterra, França e Nova Zelândia.

[123] "In a system of strong judicial review, courts have the authority to decline to apply a statute in a particular case (even though the statute on its own terms plainly applies in that case) or to modify the effect of a statute to make its application conform with individual rights (in ways that the statute itself does not envisage). Moreover, courts in this system have the authority to establish as a matter of law that a given statute or legislative provision will not be applied, so that as a result of stare decisis and issue preclusion a law that they have refused to apply becomes in effect a dead letter. A form of even stronger judicial review would empower the courts to actually strike a piece of legislation out of the statute-book altogether. [...] In a system of weak judicial review, by contrast, courts may scrutinize legislation for its conformity to individual rights but they may not decline to apply it (or moderate its application) simply because rights would otherwise be violated. [...]" WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**. v. 115, n. 6, 2006. pp. 1346-1406. p. 1354-1355.

[124] Stephen Gardbaum formula aquilo que denominou de "Novo Modelo da *Commonwealth* de constitucionalismo", em que estabelece três requisitos fundantes desse modelo, os quais servem para distinguir tanto da supremacia judicial, quanto da supremacia legislativa. São eles: i) uma Carta de Direitos; ii) o poder

Outro elemento distintivo estaria na possibilidade de reversões legislativas das decisões judiciais[125]. Conceitualmente, tratar a possibilidade de reversão legislativa como característica do *weak form of judicial review* é equivocado pelas seguintes razões: i) se o próprio desenho institucional conferiu a "última palavra" quanto à validade das normas jurídicas ao processo legislativo, é ilógico imaginar que o Legislativo, ainda que instado a se manifestar a partir de decisões judicias, estaria em uma lógica adversarial (que é típica dos *legislative overrides*); ii) se se interpretar a reversão como uma situação reativa de um Poder ao outro, tem-se que está diante dois fenômenos distintos, ainda que um decorra do outro[126]; iii) e essa hipótese reativa pode ser institucional ou não, tal como irá se debater no tópico "c".

Essa versão fraca não é completamente estranha à realidade brasileira, sobretudo pelo fato de o controle difuso de constitucionalidade possuir um *quê* de proximidade com a dualidade supracitada, uma vez que a Constituição prevê a competência do Senado Federal para "suspender a execução de lei declarada inconstitucional", nos termos do art. 52, X.

No entanto, duas situações realçam os problemas dessa modelo. A primeira é entender até que ponto a atividade de interpretação jurídica pode ser cindida da aplicação jurídica, no que tange à validade das normas jurídicas. A segunda diz respeito à incorporação de normas jurídicas do direito internacional pelo ordenamento doméstico. A possibilidade do controle de convencionalidade das leis pelas Cortes Constitucionais criaria a seguinte válvula de escape para "fugir" da versão fraca do controle de constitucionalidade: declararia a

judicial de concretizar direitos; iii) a última palavra sobre a *law of the land* ao Poder Legislativo. GARDBAUM, Stephen. Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism. **ICON**. v. 8, n. 2, 2010. pp. 167-206.

[125] Além da ideia da cisão entre interpretação e aplicação, conforme se mencionou acima, Mark Tushnet inclui a possibilidade de reversões legislativas como característica da versão fraca de controle de constitucionalidade, inclusão que discordamos. "Weak-form systems of judicial review hold out the promise of reducing the tension between judicial review and democratic self-governance, while acknowledging that constitutionalism requires that there be some limits on self-governance. The basic idea behind weak-form review is simple: weak-form judicial review provides mechanisms for the people to respond to decisions that they reasonably believe mistaken that can be deployed more rapidly than the constitutional amendment or judicial appoitment processes." TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton (EUA) e Oxford (RU): Priceton University Press, 2008. p. 23. TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**. v. 101, August 2003. pp. 2781-2802.; TUSHNET, Mark. New forms of judicial review and the persistence of rights – and democracy-based worries. **Wake Forest Law Review**. v. 38, 2003. pp. 813-838.

[126] T1 é sucedido por T2, sendo que T1 é a decisão judicial e T2 a reversão legislativa, sendo que T2 pode ou não ocorrer. Ora, a mera probabilidade de ocorrência de T2 é insuficiente para classificar a jurisdição constitucional como fraca, até porque se inexistir T2, o modelo de jurisdição que ocorreu foi o forte, uma vez que quem teve a "última palavra" foi a Corte.

"inconvencionalidade" da norma jurídica e deixaria de aplicá-la ao caso, sem, contudo, se adentrar a aspectos da constitucionalidade. Com isso, a presença do direito internacional na argumentação se revestiria em um arsenal retórico que acaba por tornar incongruente a versão fraca do controle de constitucionalidade.

1.3.2 Extinção do controle de constitucionalidade

O fim do controle de constitucionalidade é a posição mais extremada nas variáveis téoricas do constitucionalismo político. Por razões óbvias[127], deve se ressaltar que extinguir o *judicial review* da constitucionalidade de leis e outros atos normativos não significa a extinção do Poder Judiciário. Logo, esse aspecto institucional propositivo versa tão somente quanto a *uma* competência das Cortes, e não quanto a sua existência como todo.

Mark Tushnet suavizou sua abordagem sobre o tema, tanto que acabou por lançar importantes aportes teóricos ao *weak form* discutidos na seção anterior. Porém, ele já sustentou a *retirada da Constituição das Cortes*. Sua perspectiva de "direito constitucional populista"[128] aponta para aposta de que o jogo político terá a aptidão de concretizar direitos constitucionais[129]. Para tanto, adere a premissa de que os políticos são sujeitos autointeressados na reeleição e, por conseguinte, criarão políticas sociais que sejam capazes de estreitar o laço com o eleitorado[130]. Além disso, estabelece uma dualidade entre o que seja a Constituição *thick* e a Constituição *thin*, sendo que aquela representaria as normas constitucionais sobre a organização do governo, marcadas pela indiferença política, ao passo que essa representaria os direitos fundamentais mais significativos, tais como liberdade e igualdade[131], cuja atuação do Judiciário é vista com ceticismo pelo autor.

---

[127] Razões óbvias no sentido de que "fechar" qualquer um dos Poderes é um ato tipicamente autoritário e não condiz com o paradigma de Estado Democrático de Direito. O mesmo vale para aposentadorias compulsórias de juízes, congelamento de salários e outros tantos tipos de ataques institucionais que não são raros na história. Sobre ataques institucionais no Brasil, Cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 89 e seguintes.

[128] Vide nota de rodapé n. 61.

[129] "Populist constitutional law returns constitutional law to the people, acting through politics. Just as judges can, the people can give no wrong answers to important questions. Populist constitutional law offers no guarantees that we will end up with progressive political results. But, of course, neither does elitist constitutional law." TUSHNET. **Taking the Constitution away from the Courts**. *Op. Cit*. p. 186.

[130] TUSHNET. *Op. Cit.* p. 171. Sobre o agir do congressista voltado para reeleição, a obra seminal do tema foi desenvolvida por David Mayhew. Cf. MAYHEW, David R. **Congress**: The electoral connection. New Haven (EUA) e Londres (RU): Yale University Press, 1974.

[131] TUSHNET. *Op. Cit.* p. 9-11.

Para além da abordagem de Tushnet, uma questão antecedente seria traçar as linhas do "domínio da justiça constitucional"[132]. Esse conceito percebe que a prática constitucional não se esgota no texto constitucional, tampouco se resume à atuação judicial, já que persegue uma lógica de "parceria transtemporal" para a concretização das normas constitucionais[133]. Diante disso, sugere-se que há esferas bem delimitadas de atuação que não são alcançadas pela Constituição e, dentro dos espaços que são por ela abarcados, é possível delimitar aquilo que não é (ou pode ser) referido à atuação judicial. Muito embora essa hipótese não seja veiculada por Sager, seria factível imaginar que a partir dessa ideia, haja algum tipo de restrição no controle de constitucionalidade, tais como nos temas que possam ser analisados pela Corte ou no rol de legitimados para acedê-la.

Quais são os problemas das duas abordagens para a realidade brasileira?

Conforme se debateu na introdução do capítulo, é inegável o alcance do protagonismo do Judiciário no Brasil. Ainda que se superestime a atuação do STF, a Corte se manifestou sobre diversos temas de relevo político e social. Portanto, seria um contrassenso com a própria história recente imaginar o fim do controle de constitucionalidade pelo Judiciário.

Não bastasse o protagonismo das Cortes, o capítulo 4 demonstrará que a judicialização do processo legislativo tem sido a principal estratégia de atuação institucional dos parlamentares, sobretudo aqueles que se situam na oposição e/ou como minoria. Ora, se o próprio Legislativo se vale do Judiciário como uma estratégia de ação, seria mais uma vez contrassenso vislumbrar algum tipo de "corte" nessa hipótese.

Por último, novamente aparecem os problemas de ordem prática discutidos no tópico anterior, decorrentes da suposta cisão entre interpretação e aplicação. Também não se aventa a possibilidade de que os juízes irão deixar de aplicar determinada legislação baseada em sua inconstitucionalidade, sem que isso incorra em algum tipo de repercussão em sua eficácia, ainda que ela permaneça válida.

---

[132] SAGER, Lawrence. The domain of constitucional justice. In. ALEXANDER, Larry (Ed.) **Constitutionalism**: Philosophical Foundations. Cambridge (RU): Cambridge University Press, 1998. pp. 235-270.

[133] "Our constitutional practice concedes authority over an important set of questions – questions addressing the basic structure of both governemental authority and individual liberty – to an odd, transtemporal partnership. One partner consists of persons in the founding or amending generations who participate in the utterance of the Constitution's text. The other partner consists of political actors – most proeminently but not exclusively judges – who participate in the interpretation of that text. [...]" SAGER. *Op. Cit.* p. 236.

De todo modo, o debate acaba por fazer mais sentido sobre qual o modelo institucional de jurisdição constitucional que seria mais adequado para o Brasil – por exemplo, baseado exclusivamente no controle difuso ou no concentrado ou se a mistura dos dois é relevante, sem contar aspectos de acesso e alcance das decisões.

1.3.3 Possibilidade de reversão de decisões judiciais

Um dos mecanismos institucionais que se tornou mais presente na literatura sobre a teoria dos diálogos constitucionais foi a *legislative override* prescrito na *Section 33*[134] da *Charter* canadense, que passou a ser símbolo de como Parlamento e Judiciário podem interagir quanto a questões de interpretação constitucional. A análise de sua aplicação inclusive foi a variável do trabalho de Peter Hogg e Alisson Bushell, pioneiros da teoria no Canadá[135].

As considerações da proximidade entre as teorias dialógicas e o constitucionalismo político, que foram retratados na seção anterior quando se abordou a inexistência de um intérprete último, passam a fazer completo sentido nessa dimensão propositiva do arranjo institucional. Isso porque as reversões legislativas, em que pese ser um típico instrumento de interação entre os Poderes, também se aproximam de um cenário de supremacia legislativa, ao menos no sentido de que a "última palavra" poderá ser proferida pelo Parlamento.

Muito embora no item "a" tenha se rechaçado a hipótese de reversão como uma característica inerente ao *weak form of judicial review*, o modelo institucional desenhado por Rosalind Dixon coloca esses dois dispositivos institucionais lado a lado. A autora toma por premissa o fato de que o processo legislativo é suscetível a bloqueios de duas ordens: "*blind spots*" e *"burden of inertia*". O primeiro consiste na limitação dos legisladores em prever todos os possíveis

[134] O texto do dispositivo é o seguinte: "33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or section 7 to 15 of the Charter. (2) An act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may reenact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) Applies in respect of a reenactment made under subsection (4)"

[135] HOGG, Peter; BUSHELL, Alisson. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the Chrter of Rights isn't such a bad thing after all). *Op. Cit*.

cenários de aplicação da legislação produzida. Três podem ser os modos em que esse bloqueio se exterioriza:

i) Pontos cegos de aplicação: os legisladores falham em reconhecer que uma lei possa ser aplicada de modo a infringir direitos, diante de pressão pela aprovação ou limitações da previsão legislativa[136];

ii) Pontos cegos de perspectiva: os legisladores falham em antecipar os impactos da lei, pois não apreciam adequadamente as diferentes perspectivas dos participantes em jogo[137];

iii) Pontos cegos de acomodação: os legisladores focam em determinado objetivo, porém aqueles que não possuem experiência jurídica, talvez não consigam perceber outro meio de que o direito possa ser melhor acomodado[138].

O segundo (ônus de inércia) corresponde à própria dinâmica temporal do processo legislativo, que seria mais custoso e demorado que outras formas de deliberação. Esse bloqueio se manifesta de duas maneiras:

i) Ônus de inércia prioritários: a legislatura falha em efetivar direitos em razão de outras prioridades eleitoralmente mais salientes[139];

ii) Inércia da coalizão: a inércia pode surgir a partir da própria dúvida da coalizão que sustenta o governo em identificar qual o resultado legislativo deve ser mais responsivo[140].

E é precisamente fundado nesses bloqueios que surge o modelo dialógico proposto por Dixon, que se baseia tanto na versão fraca da revisão judicial quanto na deferência do Judiciário às sequelas legislativas, ou seja, às interpretações legislativas acerca dos direitos constitucionais que anteriormente haviam sido objeto de interpretação pela Corte (*second look cases*). Nesse contexto, o papel primordial do Judiciário seria destravar o processo legislativo, oferecendo alternativas para os bloqueios supracitados[141].

---

[136] DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **I-CON**. v. 5, n.3, 2007. p. 402.
[137] DIXON. *Op. Cit.* p. 402.
[138] DIXON. *Op. Cit.* p. 402.
[139] DIXON. *Op. Cit.* p. 402-403.
[140] DIXON. *Op. Cit.* p. 402-403.
[141] "The coercive remedial powers that Canadian courts enjoy by virtue of section 24(1) of the *Charter* gives them the direct ability to counter almost all forms of legislative blind spot, simply by striking down or modifying the effect of legislation in a particular case."0 9 These powers also mean that, compared to purely political interventions made by social movements or human rights commissions, judicial interventions in the name of the *Charter* provide legislators with a greater incentive to address a previously neglected issue." DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference. **Osgoode Hall Law Journal**. v. 47, 2009. p. 261.

Ainda que evidentemente de natureza dialógica, esse arranjo é completamente pertinente ao modelo de constitucionalismo político que está sendo desenvolvendo ao longo do capítulo. Primeiro, pela inestimável importância que a autora confere ao processo legislativo, que inclusive repercute como fundamento de validade para a intervenção judicial. Segundo, pela própria deferência que deve ser decorrente da reação do Parlamento àquela intervenção.

A lógica adversarial às decisões judiciais não se esgota nas reversões legislativas. A possibilidade de *backlash*[142], que seria a reação levada a cabo pelo povo e movimentos sociais com relação a determinada decisão judicial, também se escora nessa lógica. Porém, pelo fato dessa reação se situar em um âmbito extrainstitucional, não se inclui o *backlash* como uma categoria inerente ao constitucionalismo político.

Mas a literatura apresenta uma hipótese institucional de reversão de decisão judicial a partir do povo. Trata-se do veto do povo (*people's veto*), que é um mecanismo institucional proposto por Tom Donnelly e segue a seguinte lógica: casos em que a Corte decidiu pela maioria mínima (no Brasil, por seis votos a cinco), o Congresso estaria autorizado a realizar um referendo popular para reverter ou não essa decisão[143].

Não requer muito esforço para perceber que esse instrumento apresenta virtudes de conferir maior densidade democrática tanto no processo legislativo, quanto na própria atuação judicial, já que a interpretação constitucional seria construída pela atuação de três atores: Judiciário,

[142] "The political grammar of backlash is similar. Backlash expresses the desire of a free people to influence the content of their Constitution, yet backlash also threatens the independence of law. Backlash is where the integrity of the rule of law clashes with the need of our constitutional order for democratic legitimacy." POST; SIEGEL. Roe Rage. *Op. Cit*. p. 376. Ainda sobre o tema, Michael Klarman sustenta que à decisão do caso *Brown* se sucedeu um *backlash*, que teve a aptidão de exacerbar ainda mais os ânimos quanto à questão racial nos Estados Unidos, bem como o fim da segregação se deve mais aos movimentos sociais do que a própria decisão judicial. Cf. KLARMAN, Michael J. How *Brown* changed race relations: The backlash thesis. **The Journal of American History**. June 1994. pp. 81-118.

[143] "As I envision it, the People's veto would be reserved for five-tofour decisions of the Supreme Court on constitutional issues. These are the decisions that often occur when the majority is attempting to push constitutional doctrine in a new direction. Such a veto would permit the American people to weigh in before the majority is able to do so. [...] Once the Court issues a five-to-four decision on a constitutional question, the case would be sent to Congress for an up-or-down vote on public reconsideration. If Congress votes for reconsideration, the case would then go to the American people. This would place the constitutional issue squarely on the public agenda, therefore stirring the average citizen from her civic slumber and focusing her attention on the upcoming decision. The final outcome for that specific case would then be dictated by a national referendum. The long-term effects of such a vote on constitutional doctrine would be determined by each individual judge in future cases, as well as by subsequent interactions between the judiciary, the elected branches, and the American people." DONNELLY, Tom. Making popular constitutionalism work. **Wisconsin Law Review**. 2012. pp. 159-194. p.188.

Legislativo e povo. Entretanto, um caso extraído a partir da realidade brasileira consegue demonstrar problemas de operacionalização do veto.

Tome-se como exemplo o julgamento da aplicação da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010[144], cuja decisão pela inaplicabilidade foi tomada por 6 votos a 5. Suponha-se que o candidato tivesse sido eleito[145] e sua diplomação estivesse condicionada tão somente à decisão do STF. Caso o Congresso desejasse se valer do veto do povo, quem seria o destinatário do referendo: toda a população brasileira, já que a decisão, em última medida, versava sobre uma condição de eficácia da Lei da Ficha Limpa, ou apenas a população dos entes federativos que tiveram representantes enquadrados na condição de "ficha suja"? O referendo seria tão somente pela aplicação da Lei às eleições de 2010 ou versaria sobre sua constitucionalidade integral?

Tanto o veto do povo quanto a reversão legislativa seriam instrumentos capazes de reverter decisões judiciais. A incorporação desses mecanismos na realidade brasileira não se resume a problemas de operacionalização, tal como se identificou no parágrafo acima, mas sobretudo na dificuldade de domesticar esse arranjo para todas as reações[146]. O Congresso ainda possuiria a possibilidade de criar emenda constitucional ou legislação sobre determinada proposição legislativa que havia sido objeto de *judicial review*. Ou seja, o Legislativo ainda poderia reverter a decisão judicial sem que existisse (ou se valesse de) um instrumento institucional para tal finalidade[147].

1.4 Por que é possível falar de constitucionalismo político brasileiro?

Nas seções anteriores foram apontados os principais argumentos que podem ser associados ao constitucionalismo político. Conforme se prenunciou ao longo de cada um dos tópicos, a dimensão descritiva lança aportes teóricos que são verdadeiramente úteis para se analisar a

[144] RE nº 633.703/MG, Min. Relator Gilmar Mendes, julgado em 23 de março de 2011, DJe em 17 de novembro de 2011.
[145] O caso de fundo versava sobre a impugnação da candidatura de Leonídio Henrique Correa Bouças ao cargo de Deputado Estadual em Minas Gerais. Acabou assumindo a cadeira com a renúncia do Dep. Bruno Siqueira para tomar posse como Prefeito de Juiz de Fora.
[146] A PEC 03/2011, de autoria do Dep. Nazareno Fonteles (PT-PI) poderia ser apontada como a tentativa de criação do *legislative override* no Brasil, uma vez que alteraria o art. 49, V, da Constituição Federal, a permitir que o Congresso sustasse atos normativos dos "outros poderes" que exorbitem seu poder regulamentar.
[147] Salvo se interpretar que as emendas constitucionais e leis também possuam a finalidade de reverter as decisões judiciais. Por razões óbvias, isso não pode caracterizar as proposições legislativas, por mais que haja essa intenção velada (ou não) dos sujeitos políticos.

realidade brasileira, os quais serão resgatados de maneira transversal ao longo da presente pesquisa.

Os pressupostos subjacentes à tentativa de resgate da dignidade da legislação são partilhados, notadamente por ser um dos pontos cruciais do regime democrático e do atual estágio do constitucionalismo. Somado a isso, a ideia de que a legislação é fruto do todo (Congresso), além de sofrer os influxos dos mais variados atores políticos, naquilo que se apontou como a "física do consentimento", será testada em sua dimensão empírica, tomando por base a dinâmica do arranjo institucional brasileiro e a performance das minorias parlamentares nesse contexto. E, evidentemente, a interpretação constitucional que se dá no Parlamento, outro aspecto tributado ao constitucionalismo político, também será tomado como um indicador da referida análise.

Por outro lado, é inevitável que a dimensão prescritiva do constitucionalismo político apresenta problemas e, mais uma vez, há de se analisar com ceticismo o arranjo institucional que os autores dessa matriz propõem. Duas razões merecem destaques:
i) há problemas em sua operacionalização e isso não se resume à realidade brasileira. O veto do povo, mecanismos de reversão legislativa, o fim do controle de constitucionalidade ou sua suavização, todos trazem externalidades que são decorrentes de qualquer modelo de justiça procedimental (imperfeita).
ii) especificamente quanto ao Brasil, esses instrumentos não resolvem a crise da representatividade apontada na introdução, e possivelmente vão na contramão da aposta da Constituição de 88 no Judiciário, em que se verificou maior sofisticação do controle de constitucionalidade e da maior amplitude dos direitos fundamentais.

Didaticamente e depurando tudo o que foi dito até o momento, é possível conceituar o constitucionalismo político brasileiro da seguinte maneira: **matriz teórica que busca valorizar as instituições político-representativas, seja por meio do realce da conexão do processo legislativo com a democracia, seja por meio da percepção de que a interpretação constitucional não pode ser tributada a uma única instituição, além de encarar com ceticismo a atuação da instituição judicial.**

2 O JUDICIÁRIO COMO UMA VARIÁVEL ENDÓGENA NO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

O presente capítulo ainda explora sobre o marco teórico da pesquisa, detalhando o "cenário" em que se assenta. Trata-se do *presidencialismo de coalizão*, expressão cunhada por Sérgio Abranches em 1988, que buscava retratar as peculiaridades do sistema presidencialista brasileiro, o qual se sustenta em um arranjo que contempla o sistema proporpocional, o multipartidarismo e o presidencialismo imperial, o que leva o Executivo a se estruturar em coalizões[148].

Em linhas gerais, pela dificuldade decorrente dos dois primeiros fatores (proporcionalidade e multipartidarismo), a realidade brasileira torna impraticável que o Executivo obtenha a maioria das cadeiras parlamentares. Assim, por razões de governabilidade, há a estruturação das coalizões que, em regra, ocorre em três momentos: i) na aliança eleitoral; ii) durante a constituição do governo; iii) conforme o desenovlvimento da agenda política[149].

De todo modo, esse arranjo é complexo e suscetível a paralisia decisória por dois motivos. Primeiro, pela pluralidade ideológica que acaba por ser característica dos partidos da base, já que nem todos perseguem as mesmas pautas políticas e, por vezes, apresentam vieses ideológicos contraditórios entre si[150]. Segundo, isolamento do Presidente (e/ou do seu partido)

[148] "Apenas uma característica, associada à experiência brasileira, ressalta como uma singularidade: o Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o 'presidencialismo imperial', organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar de institucionalidade concreta brasileira, chamarei, à falta de melhor nome, 'presidencialismo de coalizão', distinguindo-o dos regimes da Áustria e da Finlândia (e a França gaullista), tecnicamente parlamentares, mas que poderiam ser denominados de 'presidencialismo de gabinete' [...]" ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. **DADOS: Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 31, n.1, 1988. pp. 5-34. p. 22.

[149] "A formação de coalizões envolve três momentos típicos. Primeiro, a constituição da aliança eleitoral, que requer negociação em torno de diretivas programáticas mínimas, usualmente amplas e pouco específicas, e de princípios a serem obedecidos na formação do governo, após a vitória eleitoral. Segundo, a constituição do governo, no qual predomina a disputa por cargos e compromissos relativos a um programa mínimo de governo, ainda bastante genérico. Finalmente, a transformação da aliança em coalizão efetivamente governante, quando emerge, com toda força, o problema da formulação da agenda real de políticas, positiva e substantiva, e das condições de sua implementação." ABRANCHES. *Op. Cit.* p. 27-28.

[150] Talvez o exemplo mais marcante dessa heterogeneidade dos partidos da base da coalizão diga respeito ao fim do primeiro mandato do Governo Lula, com a incorporação do PP na coalizão. O PP tem como gênese a ARENA, que foi o partido de sustentação durante o Governo Militar, bem como foi antecedido pelo PPB, que também esteve presente em boa parte dos mandatos de Fernando Henrique Cardoso. Para além dessa genealogia do partido, é evidente que o PP possui uma bandeira conservadora e liberal completamente incongruente com as plataformas que são e foram capitaneadas pelo PT. Sobre as coalizões no Brasil, Cf. FIGUEIREDO, Argelina. Government Coalitions in Brazilian Democracy. **Brazilian Political Science Review**. v. 1, n. 2. 2007. pp. 182-216. Ainda sobre a heterogeneidade no Governo Lula, Cf. BOITO JÚNIOR, Armando; BERRINGER, Tatiana. Brasil: classes

da coalizão, o que o situaria em uma facção minoritária[151], dando azo a problemas de instabilidade institucional e tornando mais custosa a aprovação dos programas de governo.

O conceito do presidencialismo de coalizão é verdadeiramente paradigmático na ciência política para retratar a realidade brasileira, já que inúmeros foram os trabalhos que o tomaram como pressuposto, até mesmo aqueles que o enxergam com ceticismo[152]. Ancorado nesse arranjo, várias questões se sucederam (que por vezes levaram a conclusões distintas entre si):

a) Poderes de agenda do Executivo e sua intervenção no processo legislativo[153];

b) Poder de agenda do cartel partidário[154];

c) Competição eleitoral e regras eleitorais favoráveis aos partidos menores[155];

---

sociais, neodesenvolvimentismo e política externa nos governos Lula e Dilma. **Revista de Sociologia e Política**. v. 21, nº 47, set/2013. p. 31-38.

[151] ABRANCHES. *Op. Cit*. p. 29-31.

[152] "Minha exposição caminha na direção oposta. Do ponto de vista descritivo, o sistema político brasileiro, não há dúvidas, pode ser nomeado como um presidencialismo de coalizão. Afinal, a forma de governo adotada é o presidencialismo e governos recorrem à formação de coalizões para obter apoio para suas iniciativas. Logo, em si mesmas, essas características não implicam ou justificam a aspiração à originalidade. Mais do que isso, se recorrermos a evidências empíricas sistemáticas, como procurarei mostrar, não é possível manter quer a aspiração à originalidade, quer os juízos negativos. Ainda que trate apenas tangencialmente dos demais pontos, mostrarei também que não é possível sustentar que os partidos brasileiros não são capazes de estruturar coalizões partidárias ou que o poder tradicional regule e controle os resultados eleitorais." LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil. **Novos Estudos CEBRAP**. n. 76, novembro 2006. pp. 17-41. p. 20.

[153] "[...] O Executivo domina o processo legislativo porque tem o poder de agenda e esta agenda é processada e votada por um Poder Legislativo organizado de forma altamente centralizada em torno de regras que distribuem direitos parlamentares de acordo com princípios partidários. No interior deste quadro institucional, o presidente conta com os meios para induzir os parlamentares à cooperação. Da mesma forma, parlamentares não encontram o arcabouço institucional próprio para perseguir interesses particularistas. Ao contrário, a melhor estratégia para obtenção de recursos visando a retornos eleitorais é votar disciplinadamente." FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional**. 2ª edição. Rio de Janeiro: FGV, 2002. p. 22-23. Em sentido crítico sobre a preponderância do Executivo, já que a agenda presidencial é da coalizão e não apenas do Presidente, FREITAS, Andréa Marcondes de. **O presidencialismo da coalizão**. 2013. 168f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de São Paulo. 2013. Sobre o debate de se o uso dos poderes legislativos extraordinários do Presidente é melhor explicado por uma teoria delegação ou pela teoria da ação unilateral, Cf. PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J.; RENNÓ, Lucio. Under what conditions do Presidents resort to Decree power? Theory and evidence from the Brazilian case. **The Journal of Politics**. v. 67, n. 1, february 2005. pp. 178-200. Ainda sobre o tema, Cf. SAMPAIO, Marco Aurélio. **A medida provisória no presidencialismo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 127 e seguintes.

[154] "We define an agenda cartel as a set of agents possessing two key properties. First, they collectively hold a controlling share of the agenda-setting offices relevant to a given assembly. Thus, just as an economic cartel collectivelly monopolizes an economic resource, such as oil, so an agenda cartel collectively monopolizes a legislative resource, agenda-setting offices. Second, the cartel establishes a procedure for agreeing on which proposals will bel allowed access to the plenary session. [...]". AMORIM NETO, Octavio; COX, Gary W.; MCCUBINS, Mathew D. Agenda power in Brazil's Câmara dos Deputados, 1989-98. **World Politics**. n. 55, 2003. pp. 550-578. p. 552.

[155] "[...] Electoral rules consistently reward small party candidates to a larger degree than large party candidates. It is a dominant strategy for small parties to concentrate their vote and, as shown here, the mechanical rules will ensure better odds of being elected when larger parties are unable to disperse their votes. Over time, observed party system fragmentation is the result of electoral rules that reward small parties that concentrate their vote in a few high yield candidates." CALVO, Ernesto; GUARNIERI, Fernando; LIMONGI, Fernando. Why Coalitions? Party system fragmentation, small party bias, and preferential vote in Brazil. **Electoral Studies**. v. 39, 2015. pp. 219-225. p. 222-223.

d) Comportamento dos partidos e importância dos líderes partidários[156];
e) Interpretação das comissões parlamentares e do Presidente da República como agentes informacionais nesse arranjo[157].

Todas as abordagens acima tomam o presidencialismo de coalizão como ponto de partida e têm como traço em comum a percepção de que o núcleo desse conceito passa pela interface entre Legislativo, Executivo e partidos políticos.

Investigar como as minorias parlamentares atuam dentro do processo legislativo não apresentaria maiores complexidades para também tomar o presidencialismo de coalizão como ponto de partida, já que os limites institucionais dessa atuação não apresentam qualquer contradição quanto às bases institucionais descritas por esse modelo.

Contudo, para além dos testes empíricos que possam se estruturar a partir dessa teoria, seja para a verificação de "quais" as coalizões que se desenvolveram no Brasil, seja para se interpretar "como" elas se estruturam[158], o principal objetivo do capítulo é lançar uma crítica no plano teórico ao conceito.

Tal como se observou acima, o presidencialismo de coalizão se escora em uma simbiose entre Legislativo e Executivo, como forma de construção conjunta da agenda política e de superação dos impasses que seriam inevitáveis em razão do partido do Presidente não alcançar a(s) maioria(s) no Congresso (tanto a maioria para legislação infraconstitucional, quanto para a constitucional).

---

[156] Fabiano Santos, importando as lições de John Huber quando da análise da atividade legislativa da Quinta República francesa, formula o conceito de "sistema presidencialista racionalizado", cujo o eixo argumentativo é o seguinte: "Adotando uma linha semelhante, este artigo sustentará que a transferência de poderes decisórios ao Executivo, que começou no Brasil com o golpe de 1964 e foi posteriormente ratificada pela Constituição de 1988, cria um forte estímulo para a organização dos deputados federais em partidos parlamentares – o que, por sua vez, aumenta a disciplina e a previsibilidade dos legisladores em plenário *vis-à-vis* o que normalmente ocorria antes de 1964. [...] Além disso, a racionalização do Legislativo brasileiro influiu em outras importantes dimensões de suas atividades cotidianas, especialmente na estratégia de nomeação de membros para as comissões [...]" SANTOS, Fabiano. Partidos e comissões no presidencialismo de coalizão. **DADOS**. v. 45, n. 2, 2002. pp. 237-264. p. 239.

[157] SANTOS, Fabiano; ALMEIDA, Acir. **Fundamentos informacionais do presidencialismo de coalizão**. Curitiba: Appris, 2011.

[158] Notadamente por meio das distribuições das pastas ministeriais (*coalition goods*) e por meio do *pork barrell*, que pode ser traduzido como a liberação de emendas orçamentárias aos partidos da base. RAILE, Eric. D.; PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J. The Executive Toolbox: Building Legislative Support in a Multiparty Presidential Regime. **Political Research Quarterly**. v. 64, 2011. p. 323-334.

Nesse cenário, há uma carência sobre qual o papel que é reservado ao Judiciário no arranjo político-institucional brasileiro, já que nem Abranches, nem os demais autores que se debruçaram sobre o tema lançaram considerações mais profundas sobre a influência dessa instituição. Com isso, a consequência que se depreende dessa "omissão" é que o Judiciário se caracteriza como uma variável exógena ao arranjo ou tão somente como uma instituição de controle, sem qualquer desdobramento na caracterização do sistema. Em outras palavras, o Judiciário não teria qualquer influência na formação das coalizões ou na relação dos partidos com o Executivo, por exemplo.

O presente trabalho busca argumentar de outro modo: **o Judiciário é uma variável endógena ao sistema político brasileiro, logo, é uma variável presente na estruturação do presidencialismo de coalizão**[159].

Ao mesmo tempo em que se veicula uma crítica ao presidencialismo de coalizão, expande-se essa premissa de modo a contemplar o Judiciário em sua caracterização. Mas no que se baseia essa expansão? E quais são suas implicações para o arranjo institucional brasileiro?

A abordagem neoinstitucionalista que é subjacente ao desenvolvimento do trabalho se assenta em dois aspectos. Os atores agem racionalmente e as instituições importam. Nesse cotejo, tanto as estratégias estão condicionadas pelas instituições, do mesmo modo em que elas são modeladas a partir daquelas.

Por mais que o neoinstitucionalismo tenha encontrado terreno fértil nos estudos legislativos[160], é insofismável que o Judiciário também possa ser interpretado nessas bases. O apelo a uma

[159] X□Y□Z=W, com X a representar o Executivo, Y o Legislatvo, Z o Judiciário e W o presidencialismo de coalizão. A variável Z não integra a equação dos autores sobreditos.

[160] "Em que pese a importância conferida às instituições no interior de seu arcabouço ex-plicativo, e por paradoxal que possa parecer, os Novos Institucionalistas não apresentam, ou mesmo se preocupam em apresentar, uma definição precisa do que se deve entender por instituições. O que esta literatura sugere é que regras, leis, procedimentos, normas, arranjos institucionais e organizacionais implicam a existência de constrangimentos e limites ao comportamento. Em última análise, estes constrangimentos e limites acabam por explicar os próprios resultados do comportamento. Nesta literatura, o termo instituição tende a ser empregado com este significado genérico. A prática de não definir explicitamente instituições, assumindo um entendimento tácito sobre o significado do termo, será seguida neste texto." LIMONGI, Fernando. O novo institucionalismo e os estudos legislativos: a literatura norte-americana recente. **Boletim Informativo Bibliográfico**. n. 37, 1994. pp. 3-38. p. 11.

"neutralidade"[161] do julgador potencialmente tem sido o principal fator de escamoteamento e resistência em enxergar a decisão judicial como fruto do agir estratégico.

No entanto, a transposição de modelos da *rational choice* na atividade judiciária tem demonstrado padrões de julgamento e referendado a hipótese da "estratégia" por detrás da decisão[162].

O presente capítulo será dividido em duas seções. A primeira será dedicada ao estudo do ativismo judicial, que é o típico exemplo de um agir que é condicionado tanto por escolhas racionais, quanto pelos limites institucionais que se depara o julgador. A segunda versará sobre a distribuição das preferências dentro do presidencialismo de coalizão, tomando por base o Judiciário como variável endógena.

2.1 Ativismo Judicial e Agir Estratégico

Ativismo e autorrestrição veiculam dois estilos de atuação da Corte, em que um é a antítese do outro. Pode-se substituir esses conceitos por "interferência" *versus* "deferência", no exato sentido em que a análise da ocorrência de cada uma dessas formas passa pela análise relacional de como o Judiciário decidiu na comparação com o que fora decidido por outras instituições.

As críticas à postura ativista remontam às considerações lançadas no capítulo anterior, quando se apontou as dificuldades em contextualizar Judiciário e democracia, sem que houvesse algum tipo de incongruência na formulação teórica. As seguintes críticas fazem parte daquilo que pode se assumir como "núcleo" do ceticismo ao ativismo judicial:
i) incorporação de juízos políticos[163] na atividade de julgar;

[161] "A autonomia do direito intencionada pelo normativismo era, pois, a autonomia de uma normatividade constituída e sustentada no sistema auto-referente da sua abstracta racionalidade domática. Reconheça-se ter sido ela o resultado de um poderoso e empenhado esforço intelectual alimentado desde a modernidade pelo objectivo, cultural e epistemológico último de reconduzir a juridicidade à razão teórica (sistemática-construtivista-dedutiva). [...]" CASTANHEIRA NEVES, António. Direito hoje e com que sentido?. In:_____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, v. III, 2008, pp. 43-72. p. 51.

[162] "[...] Within political science, the notion of ideologically freewheeling judges is challenged by 'neoinstitutionalists.' Most institutionalists believe the restraint on judges comes not so much from law itself as from the other institutions of government with which constitutional judges necessarily interact. These are precisely the institutions of which normative scholarship fails to take sufficient account." FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**. v. 84, n. 2, December 2005. pp. 257-337. p. 263.

[163] "De modo igualmente pernicioso, o *ativismo*, enquanto expansão exagerada da esfera de atuação do judiciário, que passa a se imiscuir em juízos políticos que não próprios da atividade jurisdicional, é deficitário do ponto de

ii) debilidade do discurso voltado à concretização de direitos[164];
iii) riscos de *backlash* como consequência da decisão ativista[165];
iv) riscos de erros judiciais mais frequentes e custosos[166].

Em que pese a procedência das críticas acima, seja em uma dimensão empírica, seja em uma dimensão normativa, tem-se que o ativismo judicial não é um fenômeno completamente descompassado da realidade. Ora, se as críticas existem, é justamente pelo fato de que o problema anunciado é relevante.

Porém, a pergunta que se desdobra da assertiva acima é a seguinte: como identificar se determinada Corte (ou decisão judicial) está sendo ativista?

Tendo em vista que o ativismo judicial é um fenômeno "multidimensional"[167], ao menos três circunstâncias se fazem necessárias: a) contexto político favorável; b) desenho institucional; c) escolhas racionais dos agentes.

---

vista democrático e contém o germe do autoritarismo que em outros tempos foi defendido sob a bandeira do jusnaturalismo e sob a falaciosa noção de que a supremacia da constituição implicaria, do ponto de vista lógico, uma supremacia judicial." BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do STF. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, v. 07, n. 13. 2016. pp. 346-388. p. 359.

[164] "O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. [...]" DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451-452.

[165] Conferir nota de rodapé n. 137.

[166] Cass Sunstein provê uma defesa do minimalismo judicial que pode ser apontado como uma hipótese de autorrestrição da Corte. O minimalismo se escora em fundamentações modestas e estratégias de não-decisão, como forma de conferir maior legitimidade democrática ao Judiciário. SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. London (RU), Cambrigde (EUA): Harvard University Press, 1999. p. 4.

[167] As três circunstâncias indicadas correspondem aos três aspectos que integram o conceito de ativismo multidimensional proposto por Carlos Alexandre de Azevedo Campos: "A partir destas diretrizes – exatamente como adiantado na Introdução desta obra (item 3, supra) -, defino o *ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c)* ***se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias***." CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 164. Outro autor que enxerga o ativismo judicial como dimensões é Kent Roach. Diferente de Campos, as quatro dimensões que ele coloca como integradoras do conceito são as seguintes: 1) atividade criacional do direito pelos juízes; 2) avidez dos juízes em impor o direito (ausência de deferência); 3) juízes colocando direitos a frente de outros valores; 4) juízes com a última palavra na interpretação constitucional. ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial**: judicial activism or democratic dialogue. Toronto (CAN): Irwin Law, 2001. p. 106-109.

O contexto político é uma variável determinante para a análise do funcionamento de qualquer instituição, uma vez que não é raro que mudanças institucionais ocorram e sejam repercussões daquele cenário[168]. Dois exemplos marcantes na história constitucional brasileira indicam essa situação: (i) os descumprimentos das ordens judiciais endereçadas ao Executivo e determinadas pelo STF no início da República Velha, por ocasião da Revolução Federalista do Rio Grande do Sul (1893) e Revolta da Armada (1894) e (ii) edição do Ato Institucional nº 02, durante a Ditadura Militar, que expandiu a composição do STF (de 11 para 16 Ministros), o que permitiu a nomeação de julgadores alinhados com o regime[169].

Se os exemplos acima demonstram como o momento político era desfavorável ao próprio funcionamento da Corte, seria completamente "fora de realidade" imaginar uma postura outra que não fosse a de "sobrevivência" aos ataques institucionais. Por isso, contexto político favorável diz respeito ao cenário em que os juízes possam assumir um perfil ativista, sem que isso coloque a sua própria condição de julgador em risco. Em outras palavras, que a consequência da decisão ativista não seja o fechamento do Tribunal...

O desenho institucional é outra circunstância que pavimenta a hipótese de a Corte ter ou não uma postura ativista. O rol de direitos fundamentais[170], o entrincheiramento de valores[171] (pré-compromisso moral) e uma maior sofisticação no processo constitucional[172], todos simbolizam estruturas que dão maiores condições para uma decisão judicial ativista[173].

---

[168] Dentro da tônica do neoinstitucionalismo, em que instituições e estratégias estão mutuamente condicionadas, toma-se o contexto político como outro fator que impacta essa inferência causal. Um exemplo que ilustra essa situação diz respeito às mudanças nas dinâmicas dos trabalhos legislativos no Congresso Americano que foram decorrentes da ascensão republicana nas eleições de 1994, bem como a influência que o então *Speaker*, Newt Gingrich, sobretudo nos trabalhos das comissões legislativas. Cf. ALDRICH, John H.; ROHDE, David W. The transition to Republican rule in the House: Implications for theories of congressional politics. **Political Science Quaterly**. v. 112, n. 4, 1997-1998. pp. 541-567.

[169] Os dois exemplos são retratados por Rodrigo Brandão e ilustram tipos de ataques institucionais sofridos pela Corte. Como se observa acima, interpreta-se que esses ataques institucionais são contingentes com o contexto político autoritário. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 93 e seguintes.

[170] MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 172 e seguintes.

[171] NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven, London: Yale University Press, 1996. p. 117.; ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009. p. 119-121.; ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**. Cambridge University Press, 1984. p. 22.

[172] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 331 e ss.; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal** – Jurisprudência Política. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 228.

[173] Comella aponta quatro requisitos institucionalmente necessários para o ativismo judicial: a) indicação dos magistrados e vitaliciedade; b) rigidez constitucional; c) doutrina do precedente; d) o domínio constitucional. Com exceção desse último, os três primeiros não são indicadores determinantes para a ocorrência ou não do ativismo.

Da mesma maneira que representa uma possibilidade de atuação, o desenho também traça as fronteiras de decisões ativistas. No Brasil, talvez o exemplo mais contundente dessa dimensão repouse sobre o rol de legitimados para aceder ao STF em sua dimensão concentrada. Nesse sentido, é evidente que há uma limitação institucional de duas ordens, tanto sobre "quem" pode acessar a jurisdição constitucional, quanto sobre os "níveis de tradução" decorrentes do acesso (a necessidade de conferir uma roupagem jurídica às pretensões que são veiculadas).

A terceira variável determinante para a verificação do ativismo diz respeito ao próprio comportamento dos juízes. Tal como debatido no capítulo anterior, o caráter contramajoritário da Corte se dá pontualmente, já que são poucas as vezes em que há um desvio significativo da predileção da opinião pública ou das instâncias representativas.

A análise do *judicial behavior* foi objeto central de vários estudos de relevo, tanto no sentido de compreender a crescente importância institucional do Judiciário, como também para entender como os juízes decidem.

Sobre o primeiro ponto – importância institucional – a ideia de uma *Juristocracia*[174] se fundou exatamente na identificação de um movimento estratégico capitaneado por atores políticos com o objetivo de robustecer o Judiciário, especialmente a partir do entrincheiramento de direitos em documentos constitucionais.

A tese central passa pela ideia do "seguro político"[175]. Em linhas gerais, as elites políticas, sabendo da iminência de perder o poder político nas instâncias representativas, passam a apostar numa corte independente, capaz de atuar como um contrapeso às novas forças políticas. Seria a tese da *preservação hegemônica*[176] do poder, como proposto por Hirschl. Assim, a

---

De todo modo, apesar da discordância, indicam como o ativismo está entrelaçado às possibilidades institucionais. COMELLA, Victor Ferreres. The consequences of centralizing constitutional review in a special court. Some thoughts on judicial activism. **Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política Papers**. Paper 39. pp. 1-30.

[174] HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**.v. 11: issue 1, Article 4. p. 71-108.

[175] GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review. **30 Journal of Law, Economics and Organization**. 587, 2014. p. 1-50.

[176] HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge/MA (EUA): Harvard University Press, 2007. p. 49.; HIRSCHL, Ran. The political origins of judicial empowerement through constitutionalization: lessons from four constitutional revolutions. **Law and Social Inquiry**. 2000. p. 91-149.

mobilização por afirmação dos direitos, conjuntura política e papel da doutrina, são elementos menos determinantes para a referida ascensão do que o próprio propósito político de transferência de poder para as Cortes.

O segundo ponto (como os juízes decidem) vem entrelaçado com o aspecto institucional e se ocupa em demonstrar padrões no julgamento que revelem decisões judiciais estratégicas. Um dos primeiros autores a afirmar a importância da Corte para o jogo político foi Robert Dahl, que via o Judiciário como uma instituição política e determinante para os rumos da nação[177].

Essa hipótese se revelou como a principal premissa dos teóricos que recorreram a testes empíricos para interpretar a relação entre Judiciário e as demais instituições representativas, notadamente o Parlamento. Dentre as conclusões mais marcantes dos trabalhos que se alinham a essa metodologia estão as seguintes:

a) As preferências ideológicas dos magistrados importam. Contudo, as decisões judiciais também passam por um cálculo estratégico de antecipação das reações tomando por base as preferências de outros atores (Presidente e Congresso)[178];

b) As Cortes acabam por ser politicamente aliadas às coalizões governamentais do momento, sendo mais ativista quanto às proposições que remetam às coalizões que não mais estejam em exercício e mais deferentes quanto às proposições que remetam às coalizões atuais[179];

---

[177] "The Supreme Court is not, however, simply an agent of the alliance. It is an essential part of the political leadership and possesses some bases of power of its own, the most important of which is the unique legitimacy attributed to its interpretations of the Constitution. This legitimacy the Court jeopardizes if it flagrantly opposes the major policies of the dominant alliance; such a course of action, as we have seen, is one in which the Court will not normally be tempted to engage." DAHL, Robert; Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law**. v. 6, 1957. pp. 279-295. p. 293.

[178] "Thus, while the Court's policy preferences continue to exercise an influence over its exercise of judicial review, the justices also appear to moderate the use of this power depending on whether their ideological preferences are inconsistent with those of sitting members of Congress. Under those conditions, the Court may anticipate adverse reactions from Congress that could threaten the judiciary's institutional status, even if the justices do not make calculations regarding Congress's likely response in terms of the precise policy outcome at stake." SEGAL, Jeffrey A.; WESTERLAND, Chad; LINDQUIST, Stefanie A. Congress, the Supreme Courte, and Judicial Review: Testing a Constitutional Separation of Powers Model. **American Journal of Political Science**. v. 55, n. 1, January 2011. pp. 89-104. p. 102. Essa conclusão mudou signifactivamente o que o Segal havia sustentado em trabalho anterior, já que nesse ele demonstrou como as preferências pessoais dos juízes eram ainda mais determinantes que a antecipação das reações. Cf. SEGAL, Jeffrey A. Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts. **American Political Science Review**. v. 91, n. 1, March 1997. pp. 28-44. A assertiva indicada no texto também corresponde às conclusões obtidas por Mario Bergara, Barak Richman e Pablo Spiller, que testaram as evidências de Segal sobre os contrangimentos do Congresso no desempenho do Judiciário. Cf. BERGARA, Mario; RICHMAN, Barak; SPILLER, Pablo T. Modeling Supreme Court Strategic Decision Making: The Congressional Constraint. **Legislative Studies Quarterly**. XXVIII, n. 2. May 2003. pp. 247-280.

[179] "[...] Here I suggest how structural characteristics of political systems such as the United States encourage cooperation between judges and political leaders to obtain common objectives. In particular, the Court assists powerful officials within the current government in overcoming various structural barriers to realizing their

c) Há um aprimoramento no debate constitucional no Congresso a partir do *judicial review*, em que os legisladores perceberão a interpretação constitucional judicial como mais um fator para a sua tomada de decisão (seja no sentido do *override*, seja no sentido de concordar com a Corte)[180].

O arcabouço teórico acima está em sintonia com a ideia de que o ativismo judicial acaba por ser um "tipo" de decisão potencialmente tomada pela Corte. Logo, a opção por ser ativista ou deferente remete ao cálculo estratégico que deve ser tomado, juntamente com tantos outros aspectos do processo decisório, tais como a primazia da Constituição e respeito aos precedentes.

As três variáveis lançadas como componentes do ativismo judicial acabam por coincidir com as mesmas variáveis que são subjacentes aos estudos legislativos a partir do neoinstitucionalismo. Assim, se o Judiciário também pode ser interpretado como um ator estratégico que, simultaneamante, é condicionado e condiciona seu arranjo institucional, soa quase que intuitivo enxergá-lo como uma variável endógena no arranjo institucional que se sucede a partir do presidencialismo de coalizão.

2.2 Constrangimentos do e pelo Judiciário no Presidencialismo de Coalizão

Se a seção anterior se ocupou de indicar as razões da proximidade do Judiciário com as instituições representativas, a presente seção dá um passo além e aborda nas reflexões que decorrem dessa interpretação.

Ao se interpretar o Judiciário como uma variável endógena ao arranjo do presidencialismo de coalizão, a principal repercussão que advém da assunção dessa premissa é a "nova" distribuição das preferências unidimensionais dos atores dentro do processo legislativo. Dessa forma, toma-se por "empréstimo" as ilustrações lançadas por Fabiano Santos para análise dos possíveis cenários do poder de agenda entre Legislativo e Executivo com preferências diferentes, que se

ideological objectives through direct political action. [...]" WHITTINGTON, Keith E. "Interpose your friendly hand": Political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. **American Political Science Review**. v. 99, n. 4, November 2005. pp. 583-596. p. 584.

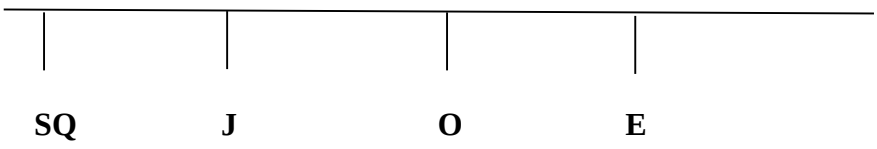
[180] "Judicial review can thus be viewed as a unique tool of deliberation in these cases. By motivating lawmakers in Congres to revisit legislation, the Court's exercise of judicial review can force Congress to be more deliberative on certain issues, or in a sense force Congress to incorporate judicial deliberations into the legislation. [...]" PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress**: the impact of judicial review in separated system. Durhan e London (RU): Duke University Press, 2004. p. 59.

baseiam na teoria do eleitor mediano[181]. Aqui, serão incluídos mais elementos do que no texto do autor, como forma de retratar tanto o Judiciário, quanto as minorias parlamentares nessa distribuição.

As figuras abaixo ilustram como pode ser a estratégia de cada um dos atores dentro do espectro de preferências de pontos ideais. Toma-se a interpretação constitucional acerca de determinada *policy* como o eixo que conduzirá o agir de cada ator durante o processo legislativo. As legendas são as seguintes:
SQ = *Status Quo*;
J = Judiciário;
E = Executivo e Base Governista;
O = Oposição/Minorias.

Por razões de recorte metodológico, opta-se por desenhar apenas as hipóteses em que é possível ocorrer a judicialização do processo legislativo. A partir das 4 variáveis acima, seria possível formular 256 arranjos diferentes, mas nem todos apresentariam utilidade para a presente pesquisa.

Figura 1

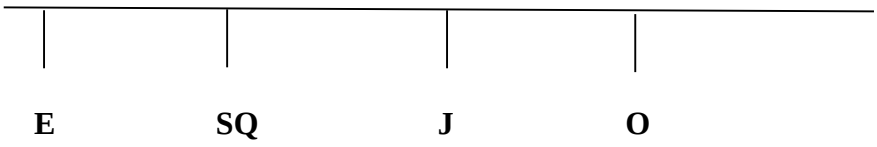


A figura 1 ilustra uma das hipóteses de ocorrência da judicialização do processo legislativo. Caso a distância entre OJ seja inferior a OE, será inevitável que, além das estratégias lançadas ao longo da tramitação, as minorias parlamentares se valeriam da judicialização. Contudo, outra condição para que essa estratégia seja lançada é que a distância JSQ seja superior à distância EJ. Caso contrário, o Judiciário acabaria por decidir no sentido de sobrestar o processo legislativo para a manutenção do *status quo*. De qualquer forma, o Executivo e a coalizão governista estariam aptos a realizar concessões para as minorias parlamentares, justamente pelo

[181] SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão**. Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ, 2003. p. 68-69.

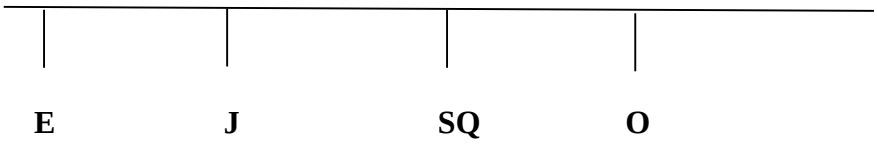
fato de que seu ponto ideal está mais próximo delas do que do *status quo*. Diante disso, o cenário acima demonstra que as minorias acabam por ser o "fiel da balança" em como a legislação será promulgada.

Figura 2



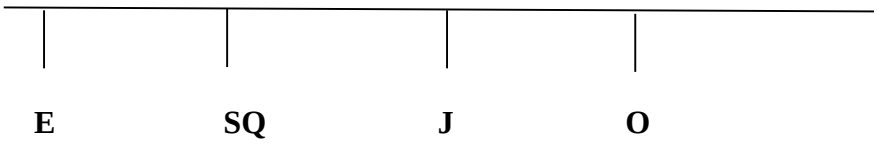
A figura 2 reflete a principal ocorrência de judicialização do processo legislativo, visto que é o desenho que coloca o Executivo e minorias do lado oposto do espectro. Todavia, a judicialização só ocorrerá caso a distância entre ESQ seja significativa, a ponto da base governista não se sentir constrangida em "atropelar" a minoria parlamentar. Caso a distância entre ESQ seja inferior a JSQ, o Executivo pode antecipar essa reação do Judiciário, optando pela manutenção do *status quo*. E a distância entre JSQ na comparação com OJ é que vai ser conclusiva no sentido de que a Corte será ativista e sobrestará o processo legislativo, ou será deferente e não intervirá na tramitação.

Figura 3



Semelhante à anterior, também ilustra outro típico exemplo da ocorrência da judicialização do processo legislativo. Além das estratégias obstrucionistas lançadas durante a tramitação da proposição legislativa, as minorias necessariamente levarão o caso ao Judiciário. A distância relevante nesse cenário passa a ser EJ e JSQ. Caso JSQ seja inferior a EJ, será inevitável a postura ativista da Corte e o processo legislativo será sobrestado. Caso EJ seja inferior a JSQ, a Corte será deferente e não obstaculizará a tramitação.

Figura 4



A figura 4 também pode representar uma hipótese de judicialização do processo legislativo. Diferente das outras três, a hipótese acima veicula um típico exemplo de judicialização como fenômeno de delegação de uma decisão legislativa ao Judiciário. Em outras palavras, se a "última palavra" existir, ela deve ser interpretável como consequência da delegação de uma decisão das instituições políticas, tal como esse modelo acaba por simbolizar. Caso a base governista não seja expressiva ou caso se esteja diante de um tema tão divisivo a ponto de pulverizar a coesão intrapartidária, pode ser que o processo legislativo consiga ser levado adiante, sobretudo pelo influxo das minorias parlamentares. Assim, é possível vislumbrar que a judicialização, nesse caso, acabará por ser uma estratégia lançada pela "situação", já que EJ é inferior a EO. Mas também haverá incentivos para a minoria ter o pronunciamento judicial, pois OJ acaba por ser inferior a OSQ. Nesse caso, o "fiel da balança" passa a ser o Judiciário, cuja decisão mais uma vez será contingente conforme OJ (se maior, mantém-se a tramitação) e JSQ (se maior, sobresta-se o processo legislativo).

As quatro figuras acima se situam no plano hipotético, porém buscam demonstrar o argumento que se desenvolveu no presente capítulo: **o Judiciário se comporta como uma variável endógena no presidencialismo de coalizão, razão pela qual a estratégia manejada pela base governista ou pelas minorias parlamentares estão condicionadas por aquela instituição**. E como se debateu na seção anterior, o agir estratégico também está inserido na decisão judicial.

Ainda dentro das disposições espaciais das preferências, alguns fatores são determinantes para a maior ou menor proximidade das distâncias indicadas e se alinham estreitamente com o que foi debatido ao longo desse capítulo e do anterior. São eles: i) proximidade ideológica dos Ministros que compõem a Corte com a ideologia subjacente à proposição legislativa; ii) apoio institucional difuso[182]; iii) possível reversão legislativa pelo Congresso; iv) heterogeneidade da

[182] O apoio institucional difuso diz respeito à proximidade da opinião pública com a instituição, ao passo que o apoio específico é contingente com a decisão tomada. Por razões de predição do agir estratégico, aquele acaba por ser mais determinante do que esse. Sobre essa dualidade, Cf. GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.;

coalizão governista; v) a presença de tema divisivo ou com menos propensão a consenso; vi) verificação de se o partido que integra a coalizão governista foi o responsável pela autoria da proposição legislativa que foi sindicalizada.

Tomando por base esses fatores, as seguintes hipóteses podem ser anunciadas como sínteses do modelo teórico apresentado:

Hipótese A: a judicialização do processo legislativo ocorrerá com mais frequência nos casos em que as preferências do Judiciário estiverem mais próximos das minorias parlamentares do que da coalizão governista.

Hipótese B: o Judiciário será mais ativista nos casos de judicialização do processo legislativo quando suas preferências estiverem mais próximas do status quo, no cotejo com as preferências da coalizão governista.

Sub-hipótese a: a judicialização do processo legislativo será mais frequente em casos com temas divisivos e/ou quando a coalizão governista for mais heterogênea.

Sub-hipótese b: o Judiciário será mais ativista nos casos de judicialização do processo legislativo quando houver um "shift" na coalizão governista - mais ativista quanto aos casos judicializados por partidos da antiga coalizão governista e que passaram para a condição de oposição, ao passo que será mais deferente aos casos judicializados pela antiga oposição e que passaram a compor a atual coalizão governista.

A argumentação ganhará contornos mais concretos no capítulo 4, quando será feita a análise da judicialização do processo legislativo. Desde já, assume-se como déficit da pesquisa que nem todas as hipóteses acima terão o condão de serem capturadas pelos testes dos capítulos seguintes, seja pelo recorte casuístico do *process-tracing* do capítulo 3, seja pelos dados primários obtidos para análise dos casos no capítulo 4. Por exemplo, a análise da sub-hipótese B seria mais conclusiva se se abrangessem as ações de controle concentrado, já que trariam

BAIRD, Vanessa A. On the legitimacy of National High Courts. **The American Political Science Review**. v. 92, n. 2, jun/1998. pp. 343-358.

maiores possibilidades de capturar o referido *shift*. Todavia, a construção teórica desenvolvida caminha no sentido de desenhar o modelo tal como acima exposto.

3 SOBRE A PERFORMANCE DAS MINORIAS PARLAMENTARES NO PROCESSO LEGISLATIVO: ESTRATÉGIAS E CASOS

Perceber a legislação para além da lógica binária de vencedores e vencidos exige a interpretação de como as minorias parlamentares atuam no processo legislativo. E o principal termômetro por detrás dessa dinâmica passa pela análise das estratégias utilizadas pelos grupos que não compõem a coalizão governista.

Firme no contexto de abordagem neoinstitucionalista que pavimentou os modelos teóricos nos capítulos anteriores, os próximos dois capítulos servirão para testá-los. As evidências empíricas serão úteis por dois motivos: identificar inconsistências na mediação da teoria para o contexto prático (em outras palavras, o fenômeno abordado acaba por ser muito mais complexo do que a teoria pretende capturar) ou referendar/infirmar argumentos que fazem parte dos modelos apresentados.

No presente capítulo será realizado um *process-tracing*[183] de três recentes tramitações legislativas. São elas: i) o Novo Regime Fiscal (NRF) (Emenda Constitucional nº 95/2016); ii) o marco regulatório da partilha do Pré-Sal (Lei nº 12.734/12); iii) a reforma partidária empreendida entre 2012-2013, sobre a interface migração partidária *versus* acesso ao fundo partidário e horário de propaganda eleitoral (Lei nº 12.875/13). A justificativa para a escolha dos três casos passa pelo seguinte:

a) contemplam duas espécies normativas, quais sejam emendas constitucionais e projetos de lei, ou seja, dois tipos de tramitação com regras procedimentais diferentes;

b) os três casos trazem forças antagônicas distintas, seja pela mudança da coalizão governista em 2016, seja pela pauta específica do segundo caso, o que permite a análise de minorias parlamentares distintas em cada um dos casos;

c) os três casos contaram com a judicialização do processo legislativo, sendo que os dois últimos contiveram decisão colegiada (acórdão);

[183] "*Process-tracing* é um método de pesquisa qualitativa que possibilita 'a análise de evidências nos processos, sequências e conjunturas de eventos num caso para o propósito de desenvolver ou testar hipóteses sobre mecanismos causais que possam explicar o caso'". Nesse sentido, deve-se identificar a cadeia causal e a conexão entre os mecanismos causais por meio da observação sistemática, em um mesmo caso, de evidências selecionadas e analisadas para avaliar hipóteses." SILVA, Fábio Mariano Espíndola; CUNHA, Eleonora Schettini Martins. Process-tracing e a produção de inferência causal. **Teoria & Sociedade**. n. 22.2. jul/dez 2014. pp. 104-125. p. 108.

d) há diferenças, também, na composição das Mesas das Casas Legislativas, o que também é outra condicionante na investigação.

O *process-tracing* de cada uma das tramitações está estruturado da seguinte maneira: i) apresentação dos aspectos relevantes que ocorreram durante a tramitação legislativa; ii) identificação dos pontos de contraposição entre a maioria e a minoria parlamentar; iii) análise conclusiva desses pontos, tomando por base sobretudo como as minorias parlamentares atuaram dentro desse panorama.

Antes de se debruçar sobre os casos, algumas considerações conceituais se fazem pertinentes. Tal como indicado na introdução, o conceito de minoria apresentado pelos Regimentos da Câmara e do Senado "dizem muito pouco" para a conceituação do que efetivamente seja minoria parlamentar. O presente trabalho apresenta a minoria parlamentar como todo partido e/ou parlamentar que não correspondam à coalizão governista, ainda que não votem como a "minoria formal". Além desse conceito por exclusão, o conceito de minoria parlamentar também pode ser usado como o grupo parlamentar em torno de determinada política específica, mesmo que não haja a coincidência com os partidos que componham a base governista (exemplifica-se com as bancadas do Espírito Santo e do Rio de Janeiro no caso dos *royalties* abaixo).

A partir dessa ressalva, as minorias parlamentares podem se referir tanto à oposição da base governista, quanto aos grupos ocasionais que possuam interesses divergentes do tema em pauta. Assim, não se investiga apenas as estratégias que o líder da bancada da minoria formalmente catalogada se vale, mas sim de todos os parlamentares que se situam em algum dos dois polos acima.

Ainda com as considerações de ordem preliminar, a próxima seção e subseções conceituarão as estratégias pelas quais as minorias podem se valer durante o processo legislativo.

3.1 Estratégias

Por razões de coerência com os modelos teóricos desenvolvidos nos capítulos 1 e 2, as estratégias identificadas se situam no plano institucional. No que isso repercute? Como visto na

introdução, não se nega a existência, tampouco a importância do agir das minorias parlamentares para além desse plano. Opta-se por circunscrever a análise das estratégias possíveis dentro e durante o processo legislativo.

Dentro do agir institucional, também fica de fora da análise uma dimensão de extremo relevo, que é colocada por Magna Inácio como uma estratégia das minorias parlamentares, juntamente com o catálogo de recursos procedimentais do desenvolvimento dos trabalhos das minorias/oposição, quais sejam a verificação, o destaque de votação separado e o direito de obstrução, todos debatidos a seguir[184]. Trata-se da possibilidade de a oposição tornar a agenda do governo mais custosa, tentando atrair membros da coalizão para suas posições[185].

Essa poderia ser uma hipótese de trabalho, que não é colidente com nenhuma das hipóteses lançadas na introdução ou no capítulo anterior, mas requereria estudos empíricos que permitissem a comparação da indisciplina partidária com a performance da oposição.

Dentre as seis estratégias lançadas abaixo, somente a judicialização do processo legislativo acaba por ser a principal "novidade" do trabalho. Muito embora o catálogo não encontre unanimidade entre os estudiosos do tema, a judicialização não é tão comum nas listas.

Como se viu acima, Magna Inácio aponta o Destaque de Votação em Separado (DVS), a obstrução e a verificação como hipóteses do agir das minorias parlamentares.

Fernando Limongi e Argelina Figueiredo enumeram como armas da minoria as seguintes possibilidades: a) parar a tramitação; b) controlar comissões; c) *filibuster*; d) exigir votações nominais[186]. Quanto a esse último catálogo, não se incluiu o item "c" nas possibilidades, pois tal instituto tipicamente americano não foi reproduzido na dinâmica brasileira, uma vez que o Presidente das Comissões ou das Mesas Legislativas (note suas respectivas importâncias, mais uma vez) são capazes de controlar o tempo. O item "b" poderia repercutir uma variável determinante, já que por força da proporcionalidade, é possível que as minorias ocupem a

[184] INÁCIO, Magna. Mudança procedimental, oposições e obstrução na Câmara dos Deputados. In. INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lúcio (Org). **Legislativo brasileiro em perspectiva comparada**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. Pp 353-379. p. 357-358.
[185] INÁCIO. *Op. Cit*. p. 356.
[186] LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Poder de agenda e políticas substantivas. In. INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lúcio (Org). **Legislativo brasileiro em perspectiva comparada**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. pp. 77-104. p. 101

presidência de alguma comissão[187]. Contudo, a distribuição acaba por ser consequência do acordo dos líderes partidários e menos uma estratégia para a obtenção do controle.

Uma lista de estratégias que apresenta certa similitude com a lista abaixo foi apresentada por Gabriella Maria Lima Bezerra. A autora trouxe extenso catálogo, já que incorporou elementos de fiscalização nesse âmbito: i) votação nominal; ii) obstrução parlamentar legítima; iii) DVS; iv) emendas; v) mudança de pauta; vi) Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI); vii) solicitação de investigação ao Tribunal de Contas; viii) requerimento de informação; ix) convocação de Ministros de Estado; x) audiências públicas; xi) propostas de fiscalização e controle; xii) ações diretas de inconstitucionalidade[188]. Apesar do extremo relevo da função fiscalizatória das minorias parlamentares, o recorte da pesquisa é o processo legislativo de **criação legislativa**, razão pela qual fica de fora os itens "vi", "vii", "viii", "ix" e "xi". Além disso, por essas mesmas razões, circunscreve-se a análise da judicialização **durante** o processo legislativo, mas ela também pode ocorrer com a legislação já promulgada. Todavia, considerando que a legitimação ativa pode corresponder ou não com as minorias parlamentares, bem como pode se fundar em razões para além do processo legislativo, opta-se por deixar essa hipótese fora da pesquisa[189].

O catálogo abaixo é mais indicativo do que determinante para delimitar como as minorias agem. Portanto, a sua verdadeira finalidade é apontar os instrumentos capazes de promoverem sua interferência ao longo do processo legislativo e, como desdobramento natural, permitirem que a proposição legislativa sofra condicionamentos para sua aprovação.

3.1.1 Destaque de Votação em Separado (DVS)

[187] Conforme a Constituição prescreve: "Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.
§ 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa."
[188] BEZERRA, Gabriella M. L. A oposição no presidencialismo brasileiro: padrões institucionais e práticas políticas. In: **IX Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**. 2014. pp. 1-21. p. 14.
[189] Por razões arbitrárias, é verdade. Seria conclusivo, todavia, a análise do controle concentrado que integrasse duas variáveis: a) legitimado ativo partido político correspondente à minoria; b) causa de pedir fosse a inconstitucionalidade formal. Por representar *t2*, ou seja, fato após a promulgação, limitou-se a análise a *t1*, tramitação legislativa.

Os requerimentos de destaque estão prescritos no art. 161, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados[190], e nos art. 312 e art. 313, do Regimento Interno do Senado Federal[191]. A regra é que a proposição legislativa seja votada em sua integralidade. Contudo, esse instrumento permite uma cisão da referida proposição, com o intuito de que determinado artigo ou emenda, por exemplo, passem por votação própria.

A utilidade dessa modalidade de requerimento se divide em duas. A primeira diz respeito ao que fora debatido no capítulo 1, quando se abordou o princípio majoritário como um tipo de meta-decisão válida para contornar impasses. O DVS segue nesse mesmo sentido, uma vez que é possível a controvérsia se circunscrever a um tópico específico da proposição legislativa. Assim, resgatando as lições do teorema do eleitor mediano debatidas no capítulo anterior, tem-se que o DVS serve como formar de alinhar as assimetrias entre o mediano de plenário referente à integralidade da proposição e o mediano de plenário referente a esse ponto específico.

---

[190] "Art. 161. Poderá ser concedido, mediante requerimento aprovado pelo Plenário, destaque para:
I – votação em separado de parte de proposição, desde que requerido por um décimo dos Deputados ou Líderes, que representem esse número;
II – votação de emenda, subemenda, parte de emenda ou de subemenda;
III – tornar emenda ou parte de uma proposição projeto autônomo;
IV – votação de projeto ou substitutivo, ou de parte deles, quando a preferência recair sobre o outro ou sobre proposição apensada;
V – suprimir, total ou parcialmente, dispositivo de proposição.
§1º Não poderá ser destacada a parte do projeto de lei apreciado conclusivamente pelas Comissões que não tenha sido objeto do recurso previsto no §2º do art. 132, provido pelo Plenário;
§2º Independerá de aprovação do Plenário o requerimento de destaque apresentado por bancada de Partido, observada a seguinte proporcionalidade:
- de 05 até 24 Deputados: um destaque;
- de 25 até 49 Deputados: dois destaques;
- de 50 até 74 Deputados: três destaques;
- De 75 ou mais Deputados: quatro destaques."

[191] "Art. 312. O destaque de partes de qualquer proposição, bem como de emenda do grupo a que pertencer, pode ser concedido, mediante deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Senador, para:
I – constituir projeto autônomo, salvo quando a disposição a destacar seja de projeto da Câmara;
II – votação em separado;
III – aprovação ou rejeição.
Parágrafo único. Independerá de aprovação do Plenário o requerimento de destaque apresentado por bancada de partido, observada a seguinte proporcionalidade:
I – de 3 (três) a 8 (oito) Senadores: 1 (um) destaque;
II – de 9 (nove) a 14 (quatorze) Senadores: 1 (dois) destaques;
III – mais de 14 (quatorze) Senadores: 3 (três) destaques.
Art. 313. Permite-se destacar para votação, como emenda autônoma:
I – parte do substitutivo, quando a votação se faça preferencialmente sobre o projeto;
II – parte de emenda;
III – subemenda;
IV – parte de projeto, quando a votação se fizer preferencialmente sobre o substitutivo.
Paragráfo único. O destaque só será possível quando o texto destacado possa ajustar-se à proposição em que deva ser integrado e forme sentido completo."

A segunda utilidade, que é mais relevante para os propósitos da pesquisa, passa pela caracterização do DVS como uma estratégia das minorias parlamentares. A razão por detrás do manejo dessa estratégia repousaria tanto na tentativa de elevar os custos de transação da aprovação da legislação pela maioria, quanto na própria questão temporal típica da obstrução que será discutida abaixo.

Sobre tornar a aprovação mais "custosa", é possível que apenas um aspecto da legislação seja contrário aos interesses das minorias, razão pela qual seria intuitivo que o DVS fosse manejado com o propósito de tornar a legislação mais alinhada a esses interesses. Todavia, não é raro que a legislação apresente tantos pontos controversos e, por consequência, tantos pontos ideais distantes entre as preferências. Por isso, tornar a agenda mais custosa acaba por representar uma tentativa de minimizar as perdas e uma estratégia de sinalização eleitoral[192], como uma espécie de marcar as preferências para o eleitorado.

Sobre o aspecto temporal (obstrução), é inevitável que essa dimensão de "ganhar tempo" passe por todos os requerimentos que acabem por ser formulados no âmbito do processo legislativo. Contudo, o papel obstrutivo que recaía sobre o DVS diminuiu sensivelmente na reforma regimental ocorrida nos anos 90 na Câmara[193] e em 2016 no Senado. A partir dela, o requerimento dos destaques passou a ser votado, salvo os destaques de bancada (art. 161, §2º, do Regimento da Câmara e art. 312, parágrafo único, do Regimento do Senado), os quais

[192] "Everything else being equal, rational actors always prefer to have their reward now rather than in the future. Hence, the costs of holding office must be fairly large and obvious before they produce a change in party behavior. This in turo means that the expected *competitiveness* and *decisiveness* of the upcoming elections must be substantial. We can think of electoral competitiveness as the sensitivity of a party's electoral result to its previous behavior. The more competitive the election, the more it matters whether or not the party has been in office. But strict electoral competitiveness is not the whole story. In calculating the costs and benefits of taking office, a party leader will consider not only the votes he or she is likely to lose as an incumbent, but also the consequences of this loss for future attainment of office and policy influence goals. These consequences are determined by the decisiveness of electoral outcomes for coalitional bargaining power after the election. The more bargaining power the party stands to gain or lose at the margin, the more decisive the election." STROM, Kaare. **Minority Government and Majority Rule**. Cambridge (RU): Cambridge University Press, 1990. p. 46-47.

[193] "Com o passar dos anos, notou-se que os destaques estavam sendo utilizados de uma forma desordenada, dado que os regimentos internos não eram exigentes na consagração de requisitos. Na prática, não mais se utilizava o mecanismo para buscar a alteração ou a discussão mais profunda de partes específicas das proposições, mas sim como um método de obstrução, utilizado, sobretudo, por minorias que desejavam sucessivos adiamentos da deliberação662. Por conta disso, em 1996 o Regimento Interno da Câmara foi alterado, para que a apresentação dos destaques fosse limitada, com a introdução do chamado destaque de bancada." ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. **Processo Legislativo no Brasil**: práticas e parâmetros. 2017. 266f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. p. 211.

também passaram a ser limitados em número (no máximo quatro destaques na Câmara e três no Senado)[194].

3.1.2 Obstrução

Diferente dos requerimentos de destaque e dos demais que serão debatidos abaixo, a obstrução acaba por ser uma estratégia que não se encontra prescrita em quaisquer dos Regimentos, muito embora haja menção como uma espécie de justificativa automática para os casos de ausência nas votações[195]. Tal como o próprio termo sugere, a obstrução consiste no esvaziamento das sessões de votação (seja nas comissões, seja no Plenário), em que determinado grupo de parlamentar, vinculado ao mesmo partido ou bloco partidário, se retira do recinto em que a votação ocorre. Na prática, essa retirada do recinto nem sempre acontece, apenas há a menção no painel eletrônico da lista de votação sobre a obstrução parlamentar.

Quais as razões por detrás do manejo dessa estratégia pela minoria parlamentar?

A tentativa de imposição de perdas à coalizão majoritária é razão imediata para todas as estratégias parlamentares aqui descritas, mas com a obstrução isso se torna ainda mais evidente. Tendo em vista que a investigação se cinge ao processo legislativo de criação de leis[196], o exemplo mais contundente da imposição de perdas é a votação das propostas de emenda

[194] Note como um comportamento influenciou a dinâmica das instituições, as quais, por sua vez, se revestiram como condicionantes a estratégias futuras. Típico exemplo que é perfeitamente descrito pela teoria neoinstitucionalista.

[195] Nos Regimentos, aparece como uma espécie de excludente antecipada das aplicações das sanções que decorrem da ausência do parlamentar nos trabalhos legislativos.
"Art. 82. Às onze ou às dezesseis horas, conforme o caso, passar-se-á a tratar da matéria destinada à Ordem do Dia, sendo previamente verificado o número de Deputados presentes no recinto do Plenário, através do sistema eletrônico, para o mesmo efeito do que prescreve o §5º deste artigo.
[...]
§6º A ausência às votações equipara-se, para todos os efeitos, à ausência às sessões, ressalvada a que se verificar a título de obstrução parlamentar legítima, assim considerada a que for aprovada pelas bancadas ou suas Lideranças e comunicada à Mesa. [...]" (Regimento Interno da Câmara dos Deputados).
"Art. 13. Será considerado ausente o Senador cujo nome não conste da lista de comparecimento, salvo se em licença, ou em representação a serviço da Casa ou, ainda, em missão política ou cultural de interesse parlamentar, previamente aprovada pela Mesa, obedecido o disposto no art. 40.
[...]
§2º Considerar-se-á ainda ausente o Senador que, embora conste da lista de presenças das sessões deliberativas, deixar de comparecer às votações, salvo se em obstrução declarada por líder partidário ou de bloco parlamentar." (Regimento Interno do Senado Federal)

[196] Não se avalia, apesar de também ser um indicativo do papel da obstrução, o *quorum* relativo ao sistema constitucional de crises, tais como a votação do julgamento dos crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República ou suspensão da imunidade dos Senadores durante o estado de sítio, cujo *quorum* requer 2/3 dos votos favoráveis dos Senadores, nos termos do art. 288, do Regimento Interno do Senado Federal.

constitucional, cujo quorum é mais elevado do que as votações das demais proposições legislativas[197]. Essa mesma lógica se aplica às leis complementares[198].

No entanto, outras duas razões podem ser tidas como preponderantes para que a minoria decida optar pela obstrução: i) efeito simbólico; ii) efeito temporal.

O efeito simbólico se aproxima com o que foi indicado acima sobre a DVS acerca da sinalização eleitoral. É inerente à obstrução uma tentativa de "marcar território" e indicar para o eleitorado a posição contrária do partido ou do grupo de parlamentares perante determinada *policy*.

O efeito temporal, por sua vez, consiste na "barganha sequencial"[199] que pode ser gerada a partir da obstrução. Tomando por pressuposto que a coalizão governista também age de modo estratégico, a submissão de determinada proposição legislativa favorável ao governo somente iria compor a pauta quando antes da votação se iniciar já se pudesse contabilizar os votos favoráveis a ela, logo, pudesse se antecipar a aprovação (nítida aplicação da "antecipação das reações"). Com isso, o próprio temor da obstrução já daria ensejo a necessidade de negociações que pudessem levar a essa certificação.

E caso a coalizão governista assuma os riscos de colocar determinada proposição em pauta para votação, mesmo sem levar em conta a situação acima, a obstrução também pode dar ensejo à impossibilidade de instalação da ordem do dia – o que arrastaria a votação pelo tempo que fosse necessário para tanto -, incorrendo em uma espécie de paralisia decisória.

Seja em razão da possível ocorrência, seja em razão de sua efetiva ocorrência, o principal impacto que a obstrução acaba por representar está no plano temporal, que pode aumentar os custos de transação para a aprovação da proposição legislativa. Essa pode ser a leitura das atuais negociações para a votação da Reforma da Previdência, em que vários parlamentares

[197] Precisa-se de 3/5 em cada Casa do Congresso Nacional, na esteira do art. 60 §2º, da Constituição Federal.
[198] Por exigir a maioria absoluta, nos termos do art. 69, da Constituição Federal, isso implica um número fixo para aprovação. A ordem do dia (as deliberações) exige que estejam presentes a maioria absoluta dos membros, nos termos do art. 47, da Constituição Federal. Nesse sentido, caso se inicie a ordem do dia com apenas a maioria absoluta dos Deputados ou Senadores, haveria a necessidade de uma unanimidade dos presentes para a que a proposição que veiculasse lei complementar fosse aprovada.
[199] INÁCIO, Magna. Estrutura e funcionamento da Câmara dos Deputados. In. MELO, Carlos Ranulfo; ALCÁNTARA-SAEZ, Manuel (Org). **A Democracia Brasileira**: balanço e perspectivas para o Século XXI. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. pp. 199-235. p. 223.

sinalizaram contrário à PEC nº 287/16, o que restou nas constantes protelações para que o texto fosse colocado em votação[200].

3.1.3 Emendas Parlamentares

O principal termômetro para a tentativa de perceber a legislação como um produto vetorial, tal como sugerido por Jeremy Waldron e discutido no primeiro capítulo, são as emendas parlamentares[201] às proposições legislativas.

O poder de emenda é conferido a todos os congressistas, razão pela qual não se verifica um instrumento *tipicamente* utilizado pelas minorias parlamentares, já que a coalizão governista também pode possuir motivos relevantes para emendar determinada proposição legislativa, tais como "alinhar" os interesses potencialmente divergentes entre o Executivo e a base governista (vide distribuição unidimensional das preferências demonstrada no capítulo anterior) ou até mesmo entre a coalizão e a minoria parlamentar (vide antecipação das reações).

Mas refletir a partir da ótica das minorias, as emendas acabam por representar sua principal hipótese de influenciar o produto final da legislação. Nesse sentido, não é incomum que esses grupos se valham das emendas juntamente com o DVS, já que esse permitiria uma expressa decisão acerca do aceite ou rejeição de determinado ponto da legislação votada, mais uma vez como forma de estabelecer a sinalização para o eleitorado e aumentar os custos de transação para a aprovação de algo contrário a seus interesses.

Outra interpretação que também se faz viável acerca de "quando" as minorias se valerão dos poderes de emenda é a tentativa de minimizar a derrota em Plenário. Ora, caso a minoria consiga

200 "http://www.estadao.com.br/noticias/geral,temer-se-reune-com-rodrigo-maia-ministros-e-deputados-sobre-previdencia,70002114520". Acesso em 16 dez 2017.

201 Para as discussões sobre tipologia, classificação e demais aspectos técnicos sobre as emendas parlamentares, Cf. ESTEVES. *Op. Cit.* p. 169-197; FONSECA, Edson Pires da. **Direito Constitucional Legislativo**: poder legislativo, direito parlamentar e processo legislativo. 3. ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 372-379; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 231-233.
"Art. 100. Proposição é toda matéria sujeita à deliberação da Câmara.
§1º As proposições poderão consistir em proposta de de emenda à Constituição, projeto, **emenda**, indicação, requerimento, recurso, parecer e proposta de fiscalização e controle. [...]" (Regimento Interno da Câmara dos Deputados)
"Art. 211. Consistem as proposições em:
VI – emendas." (Regimento Interno do Senado Federal)

emplacar uma emenda, o produto final da legislação será "menos" pior do que seria caso a legislação fosse aprovada sem emenda.

Entretanto, conforme se verá mais adiante na análise dos casos destacados, as emendas encaminhadas pela oposição não possuem a aptidão por subeverter a lógica de maioria *versus* minoria, o que não torna crível afastar a tensão entre esses dois polos. As emendas que foram *bem-sucedidas* nos casos abaixo foram aquelas encaminhadas por parlamentares da coalizão governista.

3.1.4 Verificação

O requerimento de verificação poderia ser catalogado como um tipo de requerimento dentre os tantos possíveis, que serão indicados na próxima subseção. Todavia, dada a relevância e frequência nos trabalhos parlamentares, optou-se por destacá-lo dos demais.

A verificação ocorre nos casos de votação simbólica[202] para que a votação passe para a modalidade nominal[203]. Em linhas gerais, a primeira consiste na declaração do resultado da votação pelo Presidente da sessão em que ela ocorre (seja nas Comissões, seja no Plenário), geralmente anunciada com o início da votação através da seguinte frase "proposição legislativa..., os Deputados (ou Senadores) que votam a favor permaneçam sentados e os que votam contra levantem-se". Na sequência, proclama simbolicamente o resultado. A segunda, por sua vez, consiste na contagem *cabeça a cabeça* da votação[204].

[202] "Art. 293. No processo simbólico observar-se-ão as seguintes normas:
I – Os Senadores que aprovarem a matéria deverão permanecer sentados, levantando-se os que votarem pela rejeição. [...]" (Regimento Interno do Senado Federal)
"Art. 185. Pelo processo simbólico, que será utilizado na votação das proposições em geral, o Presidente, ao anunciar a votação de qualquer matéria, convidará os Deputados a favor a permanecerem sentados e proclamará o resultado manifesto dos votos." (Regimento Interno da Câmara dos Deputados)

[203] "Art. 294. O processo nominal, que se utilizará nos casos em que seja exigido quorum especial de votação ou por deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Senador, ou ainda, quando houver pedido de verificação, far-se-á pelo registro eletrônico dos votos, obedecidas as seguintes normas: [...]" (Regimento Interno do Senado Federal)
"Art. 187. A votação nominal far-se-á pelo sistema eletrônico de votos, obedecidas as instruções estabelecidas pela Mesa para sua utilização." (Regimento Interno da Câmara dos Deputados)

[204] O pedido de verificação exige ao menos três Senadores ou seis centésimos do Plenário (art. 293, IV, do RISF e art. 185, §3º, do RICD).

A verificação possui um componente de zelo pela adequada tramitação legislativa, visto que é possível a proclamação de uma votação simbólica em (nítido) descompasso com a real preferência dos parlamentares.

Porém, sua utilização também apresenta um *quê* de estratégia legislativa, na linha do que tem sido discutido nas subseções anteriores. Além da dimensão temporal que é comum a todos os requerimentos e objetiva tornar mais morosa a tramitação legislativa de tema que lhe é desfavorável, a minoria também aposta na hipótese do constrangimento por detrás da revelação da real preferência dos parlamentares. E, em razão do registro do voto, esse acaba por também representar um indicativo de sinalização eleitoral.

3.1.5 Requerimentos

O rol dos possíveis requerimentos que podem ser formulados no âmbito da tramitação legislativa é extenso e não é exaustivo, já que podem ser formulados requerimentos que não se encontrem tipificados em quaisquer dos Regimentos Internos das Casas. Além disso, é possível subdividi-los em três modalidades: i) os que podem ser decididos monocraticamente pelo

Presidente da sessão[205]; ii) os que podem ser decididos monocraticamente, após ouvida a Mesa[206]; iii) os que necessariamente devem ser deliberados em Plenário[207].

---

[205] "Art. 114. Serão verbais ou escritos, e imediatamente despachados pelo Presidente, os requerimentos que solicitem:
I – a palavra, ou desistência desta;
II – permissão para falar sentado, ou da bancada;
III – leitura de qualquer matéria sujeita ao conhecimento do Plenário;
IV – observância de disposição regimental;
V – retirada, pelo Autor, de requerimento;
VI – discussão de uma proposição por partes;
VII – retirada, pelo Autor, de proposição com parecer contrário, sem parecer, ou apenas com parecer de admissibilidade;
VIII – verificação da votação;
IX – informações sobre a ordem dos trabalhos, a agenda mensal ou a Ordem do Dia;
X – prorrogação de prazo para o orador na tribuna;
XI – dispensa de avulso para a imediata votação da redação final já publicada;
XII – requisição de documentos;
XIII – preenchimento de lugar em Comissão;
XIV – inclusão em Ordem do Dia de proposição com parecer, em condições regimentais de nela figurar;
XV – reabertura de discussão de projeto encerrada em sessão legislativa anterior;
XVI – esclarecimento sobre ato da administração ou economia interna da Câmara;
XVII – licença a Deputado, nos termos do §3º do art. 235.
Parágrafo único. Em caso de indeferimento e a pedido do Autor, o Plenário será consultado, sem discussão nem encaminhamento de votação, que será feita pelo processo simbólico. (Regimento Interno da Câmara dos Deputados)
"Art. 214. O requerimento poderá ser oral ou escrito.
Parágrafo único. É oral e despachado pelo Presidente o requerimento:
I – de leitura de qualquer matéria sujeita ao conhecimento do Plenário;
II – de retificação da ata;
III – de inclusão em Ordem do Dia de matéria em condições regimentais de nela figurar;
IV – de permissão para falar sentado. (Regimento Interno do Senado Federal)

[206] "Art. 115 Serão escritos e despachados no prazo de cinco sessões, pelo Presidente, ouvida a Mesa, e publicados com a respectiva decisão no *Diário da Câmara dos Deputados*, os requerimentos que solicitem:
I – informação a Ministro de Estado;
II – inserção, nos Anais da Câmara, de informações, documentos ou discurso de representante de outro Poder, quando não lidos integralmente pelo orador que a eles fez remissão. [...]" (Regimento Interno da Câmara dos Deputados)
"Art. 215. [...]
I – dependentes de decisão da Mesa:
a) de informação a Ministro de Estado ou a qualquer titular de órgão diretamente subordinado à Presidência da República (Const., art. 50, §2º);
b) de licença (arts. 13 e 43);
c) de tramitação em conjunto de proposição regulando a mesma matéria, exceto se a proposição constar na Ordem do Dia ou for objeto de parecer aprovado em comissão. (Regimento Interno do Senado Federal)

[207] "Art. 117. Serão escritos e dependerão de deliberação do Plenário os requerimentos não especificados neste Regimento e os que solicitem:
I – representação da Câmara por Comissão Externa;
II – convocação de Ministro de Estado perante o Plenário;
II – sessão extraordinária;
IV – sessão secreta;
V – não realização de sessão em determinado dia;
VI – retirada da Ordem do Dia de proposição com pareceres favoráveis, ainda que pendente do pronunciamento de outra Comissão de mérito;
VII – prorrogação de prazo para a apresentação de parecer por qualquer Comissão;
VIII – audiência de Comissão, quando formulados por Deputado;
IX – destaque, nos termos do art. 161;
X – adiamento de discussão ou de votação;

Dada a amplitude de possibilidades que a minoria parlamentar possa se valer durante o processo legislativo, a estratégia que soa mais evidente nesse contexto é a dimensão temporal – protelar ao máximo uma votação desfavorável.

Pode-se ilustrar essa dimensão da seguinte maneira: imagine-se que está em vias de acontecer a inclusão de determinada proposição legislativa que é contrária aos interesses de determinada minoria parlamentar faça parte da Ordem do Dia. Deputado Federal que faz parte desse grupo formula o requerimento de discussão por partes desse projeto de lei, porém o Presidente da Câmara rejeita-o monocraticamente. Desse indeferimento, o parlamentar formula recurso para que o Plenário se manifeste sobre o indeferimento. Na sequência, por votação simbólica esse recurso é indeferido. Ato contínuo, o parlamentar novamente formula outro requerimento, qual seja o pedido de verificação dessa votação simbólica e conta com a subscrição do *quorum* de apoio mínimo. A votação nominal confirma a derrota da pretensão do parlamentar.

Note quantos atos se sucederam apenas com relação a um único requerimento. Compute-se, nesse mesmo cenário, a possibilidade de uma mesma proposição contar com os requerimentos de adiamento de sessão, de DVS, de votação por artigos, verificações...

É inevitável que se a proposição legislativa que está sendo votada estiver alinhada com o mediano do Plenário, todos esses requerimentos formulados serão derrotados. Portanto, os requerimentos sucessivos, na prática, soam como típicos atos de obstrução, com o intuito de tornar a aprovação mais custosa apenas do ponto de vista temporal.

3.1.6 Judicialização do Processo Legislativo

XI – encerramento de discussão;
XII – votação por determinado processo;
XIII – votação de proposição, artigo por artigo, ou de emendas, uma a uma;
XIV – dispensa de publicação para votação de redação final;
XV – urgência;
XVI – preferência;
XVII – prioridade;
XVIII – voto de pesar;
XIX – voto de regozijo ou louvor. [...] (Regimento Interno da Câmara dos Deputados)
"Art. 215. São escritos os requerimentos não referidos no art. 214 e dependem de votação por maioria simples, presente a maioria da composição do Senado, salvo os abaixo especificados: [...]" (Regimento Interno do Senado Federal)

A tese sustentada pelo trabalho é de que a **judicalização do processo legislativo opera como a principal estratégia das minorias parlamentares dentro da moldura institucional brasileira.**

Diante da relevância que acaba por ser subjacente a essa hipótese de ação, reservou-se o próximo capítulo para a análise exclusiva e detalhada a partir dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que abordam esse tema. Além disso, acaba por representar o ponto de chegada no que fora debatido nos capítulos anteriores, seja pela caracterização do Judiciário como ator político, cujas preferências também são abarcadas pela teoria neoinstitucionalista, seja pela própria comprovação da pertinência das críticas que se fundam na matriz do constitucionalismo político.

Nesse momento, apenas como forma de manter o padrão das subseções anteriores, que seguiram uma sequência de (i) conceituação das estratégias e (ii) razões subjacentes, esses dois pontos serão abordados de maneira breve.

A judicialização do processo legislativo[208] se revela como uma estratégia que busca integrar o Judiciário nos debates que ocorrem durante e dentro do Congresso acerca de determinada proposição legislativa. É evidente que todo exercício do *judicial review* da constitucionalidade dos atos normativos acaba por veicular um conteúdo de judicialização do processo legislativo, já que será revisto tanto as etapas procedimentais, quanto o próprio resultado da deliberação. No entanto, a judicialização como estratégia se situa dentro de um plano de ação das minorias, em que elas teriam a intenção de "antecipar" a participação do Judiciário que somente se daria com a promulgação legislativa.

Mas quais razões motivariam essa antecipação?

O componente de zelo, tal como mencionado na subseção da verificação, também se aplica nesse caso, já que o propósito imediato de acesso à jurisdição constitucional é a tentativa de reversão de alguma ilegalidade/inconstitucionalidade que ocorreu no processo legislativo.

[208] Trata-se da judicialização do processo legislativo como uma das ações que podem ser tomadas durante a tramitação do processo legislativo pelos parlamentares ou pelos partidos políticos. Não se confunde com as ações de controle concentrado (ou a *ratio decidendi* das ações de controle difuso) que veiculam, na argumentação, razões pela inconstitucionalidade formal, que pode ou não representar uma estratégia de ação das minorias.

Porém, do ponto de vista estratégico, as razões para a judicialização do processo legislativo se dividem em três.

A primeira é a questão temporal, cuja decisão da Corte pode ter o condão de obstaculizar a tramitação – seja para refazer alguma etapa procedimental, seja para garantir algum direito do parlamentar, seja para impedir a tramitação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir cláusula pétrea (uma das hipóteses de sindicabilidade do processo legislativo pelo STF). O obstáculo, contudo, não significa o insucesso da tentativa da maioria emplacar a sua preferência quanto a determinada proposição legislativa.

A segunda é uma tentativa de potencializar o aspecto midiático em torno de determinada proposição legislativa. Além das habituais entrevistas que os parlamentares (notadamente as lideranças partidárias) concedem sobre seus posicionamentos acerca de determinada questão, judicializar acaba por representar mais um ingrediente nesse jogo que busca catalisar a opinião pública como forma de impactar a decisão.

A terceira, possivelmente a mais relevante, diz respeito à sinalização das preferências do STF. Nesse ponto, a distribuição espacial unidimensional das preferências que foi desenhada no final do capítulo anterior se torna ainda mais pertinente. A impetração do mandado de segurança como forma de sanar as ilegalidades da tramitação também pode apresentar ganhos informacionais sobre uma eventual segunda judicialização, se a espécie normativa for promulgada. Nesse sentido, a postura da Corte está condicionada a sua distância em comparação com os demais atores e o *status quo*, conforme visto acima.

Imerso nesse cenário, a decisão pode ser de algum dos seguintes tipos: i) conceder a ordem; ii) denegar a ordem; iii) sequer conhecer do *writ*; iv) extingui-lo por perda de objeto. E dentro dessas quatro alternativas, a fundamentação das três primeiras também acaba por fornecer subsídios relevantes sobre as preferências das Cortes.

A análise da judicialização do processo legislativo, por representar o cerne do presente trabalho, será pormenorizada no capítulo seguinte, quando será feito a análise detalhada das decisões dos mandados de segurança impetrados com o escopo de judicializar o processo legislativo.

3.2 *Process-Tracing* da Tramitação Legislativa[209]

3.2.1 Novo Regime Fiscal (Emenda Constitucional nº 95/2016)

O Novo Regime Fiscal (NRF) foi veiculado a partir da inclusão dos artigos 106-114 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Em linhas gerais, o NRF traz uma série de disposições que limitam as despesas primárias dos Três Poderes no plano federal (mais o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União), cujo crescimento dos gastos públicos passa a ter como variável a inflação contabilizada no exercício financeiro anterior.

A tramitação da PEC nº 241/2016 (posteriormente PEC nº 55/2016, no Senado) foi verdadeiramente célere, já que entre a data de envio da proposta pelo Executivo e a data de promulgação transcorreram apenas 6 meses (15/06/2016 e 15/12/2016, respectivamente). Além dessa peculiar velocidade, outro ponto de relevo que compõe o cenário subjacente a essa tramitação diz respeito ao *shift* na coalizão governista, decorrente do *Impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, que passou a colocar como pauta primeira as medidas de austeridade fiscal, que culminaram na aprovação do NRF, na Desvinculação de Receitas da União (EC nº 93/2016) e nas mudanças do regime de Precatórios (EC nº 94/2016).

O cotejo entre a redação original da proposta enviada e o texto promulgado apresenta poucas mudanças. Parte dessas mudanças foram redacionais, sem maiores implicações no conteúdo. Por exemplo, o art. 107 apenas detalhou de modo mais extenso os entes que sofreriam o contingenciamento e os enumerou em incisos, ao passo que o art. 102 da proposição original os apresentava por extenso. As alterações mais significativas foram a inclusão dos seguintes artigos, que não haviam sido lançados na proposta original:
i) art. 107, §4 e art. 107, §5º, que retratavam a limitação das despesas primárias na lei orçamentária anual e vedação de abertura de crédito suplementar que aumente as despesas primárias, respectivamente;

[209] A fonte para análise dos três casos destacados foi o sítio eletrônico de cada Casa Legislativa: https://www12.senado.leg.br/hpsenado e http://www2.camara.leg.br/. A partir do histórico de tramitação de cada uma das proposições, é possível alcançar tantas outras funcionalidades, tais como: i) como foi a votação ao longo das etapas procedimentais; ii) acesso de trechos de discursos, que também foram publicados no Diário Oficial das Casas; iii) acesso aos relatórios e pareceres dos relatores; iv) acesso às emendas parlamentares.

ii) art. 107, §§7º, 8º e 9º, sobre como pode se dar a compensação de valores pelos Poderes, de forma a atender os limites com as despesas primárias;
iii) art. 107, §11, sobre o pagamento de restos a pagar inscritos até 31/12/2015;
iv) parágrafo único, do art. 108, que autoriza apenas uma autorização do método de contabilização dos limites por mandato presidencial (após os 10 anos de vigência do NRF);
v) art. 109, §1º, com a aplicabilidade das sanções indicadas no NRF também ao Judiciário, Legislativo, Ministério Público e Defensoria Pública;
vi) alteração do início da aplicação do NRF, que passou de 2017 e 2018, e com a informação de que as emendas parlamentares orçamentárias impositivas também seriam contabilizadas nos termos do NRF (art. 111);
vii) art. 113 e 114, que passaram a exigir estimativa do impacto financeiro e orçamentário da proposição legislativa que crie/altere despesa obrigatória ou renúncia de receita e, possibilidade de suspensão desse tipo de proposição durante a tramitação para que seja feita análise com o NRF.

Encaminhada para Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), o Deputado Federal indicado para emissão do parecer foi Danilo Forte (PSB-CE), que se manifestou pela constitucionalidade da proposição. Na primeira reunião da Comissão, em 02/08/2016, foi formulado **requerimento** para retirada de pauta pelo Dep. Alessandro Molon (REDE-RJ), rejeitado por votação simbólica e, na sequência, após pedido de **verificação** pelos líderes do PSDB, PSB, PT e PSOL (esses últimos que faziam parte da oposição), o requerimento foi derrotado por 34 votos contrários e 10 favoráveis (e uma abstenção).

Ponto curioso passa pela apresentação dos votos separados contrários ao parecer do Relator, que se preocuparam em apresentar argumentos relacionados ao debate constitucional que é transversal ao NRF. Os argumentos foram sintetizados abaixo:
a) Chico Alencar e Ivan Valente (PSOL-RJ e PSOL-SP, respectivamente), votaram contra, tendo por argumentos a redução de investimentos nos serviços públicos básicos, consequências nefastas ao funcionalismo público e violação a direitos fundamentais;
b) Daniel Valente (PC do B-BA) e Rubens Pereira Júnior (PC do B-MA) votaram contra, com base na vedação ao retrocesso social e violação à cláusula pétrea, por abolir direitos sociais;

c) Luiz Couto (PT-PB), Patrus Ananias (PT-MG) e Maria do Rosário (PT-RS), por suprimir a necessidade de aplicar recursos mínimos em saúde e educação, além de violar cláusula pétrea e o princípio da vedação ao retrocesso.

O parecer foi aprovado na sessão de 09/08/2016, por votação nominal em que se contabilizou 33 votos a favor e 18 contrários. Nessa votação, a **questão de ordem** formulada pelo Dep. Aliel Machado (REDE-PR) foi a única estratégia manejada pela minoria, visto que buscava esclarecer a interpretação de se a votação do requerimento[210] de encerramento da discussão prejudicaria a votação dos requerimentos de adiamento de sessão também às comissões. O Presidente Osmar Serraglio (PMDB/PR), presidente da CCJC, afirmou que sim, visto que representava o interesse de se proceder à votação.

Foi criada Comissão Especial para analisar a PEC nº 241/2016, com o Dep Darcísio Perondi (PMDB-RS) sendo indicado como Relator. A esmagadora maioria dos requerimentos iniciais foi no sentido de indicar autoridades (e notoriedades) para participarem de audiência pública sobre a proposição. O Deputado que mais formulou requerimentos nesse sentido foi Patrus Ananias (PT-MG) (22 ao todo), com a ênfase no convite a docentes de áreas ligadas à saúde, economia e administração pública.

Foram apresentadas 22 emendas parlamentares durante a Comissão Especial. Dessas, a maioria foi apresentada por parlamentares que pertenciam a partidos alinhados ao governo (13 emendas). A minoria/oposição apresentou 9 emendas. Porém, uma consideração é relevante: não foi incomum que parlamentares da minoria subscrevessem emendas submetidas por parlamentares ligados a partidos da coalizão governista. E o contrário também não foi incomum.

O parecer da Comissão Especial formulado pelo Dep. Darcísio Perondi (PMDB-RS) contempla o relatório de encaminhamento da PEC nº 241/16, as emendas apresentadas e também incorpora vários argumentos e informações trazidas pelas autoridades nas audiências públicas.

[210] Note-se que os requerimentos não se revestem *apenas* como uma estratégia das minorias parlamentares, já que os requerimentos podem ser formulados pelas maiorias e, evidentemente, também podem se revelar como uma estratégia para *acelerar* a tramitação legislativa.

Em seu voto, o Dep. Perondi inicia indicando como a medida beneficiaria os segmentos mais pobres da sociedade e resgata os argumentos expostos quando da exposição de motivos da PEC e durante os debates na Comissão Especial: descontrole dos gastos, desequilíbrio fiscal, má gestão da política econômica, responsabilidade histórica do Parlamento em ajudar o povo a sair da crise, austeridade fiscal como tendência global. Sobre as emendas, manifestou-se pela aprovação da emenda nº 3 e pela aprovação parcial das emendas nº 1, 5, 17 e 18 (todas de parlamentares alinhados à coalizão governista).

Em 04/10/2016, ocorreu a primeira reunião deliberativa da Comissão Especial para votar o parecer acima. Novamente, os deputados que compunham a bancada oposicionista optaram por apresentar voto em separado: a bancada do PT na comissão, formada pelos deputados Patrus Ananias (PT-MG), Afonso Florence (PT-BA), Jorge Solla (PT-BA), Maria do Rosário (PT-RS), Érika Kokay (PT-DF), Henrique Fontana (PT-RS) e Vander Loubet (PT-MS), contrários ao parecer com o substitutivo da PEC, trazendo como argumentos a garantia de direitos e garantias individuais, vedação ao retrocesso social, pacto federativo, negação dos objetivos fundamentais da República, mudança na perspectiva do Estado de Bem-Estar Social, impacto na prestação dos serviços públicos; a bancada do PC do B, formada pelos deputados Luciana Santos (PC do B-PE), Rubens Júnior (PC do B-MA), Daniel Almeida (PC do B-BA) e Jandira Feghali (PC do B-RJ), também contrários, tendo por argumentos a impossibilidade de concretização dos direitos sociais a partir do NRF, transformação desse em uma nova cláusula pétrea.

O parecer somente foi aprovado na segunda reunião deliberativa, em 06/10/2016. Nela, a minoria novamente tentou se valer da apresentação de **requerimentos** como forma de protelar o feito (notadamente, discussão por partes e adiamento da sessão). Inicialmente aprovado por votação simbólica, após **verificação**, a votação nominal computou a aprovação por 23 a 7. Os **destaques** apresentados foram todos rejeitados.

O primeiro turno da votação no Plenário ocorreu em 10/10/2016 e se dividiu em quatro sessões extraordinárias, tendo o substitutivo da PEC encaminhado pela Comissão Especial sido aprovado na terceira sessão, por 366 a 111. Os pontos mais relevantes que aconteceram nas sessões foram: i) o requerimento formulado em conjunto pelos líderes para que todos os requerimentos procedimentais fossem analisados por votação nominal; ii) um requerimento

tipicamente utilizado pela minoria parlamentar (retirada de pauta) foi formulado pelo Líder do Governo, Dep. André Moura (PSC-CE); iii) todas as emendas apresentadas foram rejeitadas ou declaradas prejudicadas; iv) todos os DVS formulados pelos partidos da oposição foram rejeitados.

Com o início do segundo turno da tramitação, a PEC voltou a ser analisada pela Comissão Especial, sem que tenha havido qualquer alteração no texto aprovado pelo Plenário no primeiro turno.

O segundo turno de votação no Plenário ocorreu em três sessões extraordinárias, todas realizadas no dia 25/10/2016. Mais uma vez o requerimento de retirada de pauta foi formulado pelo Líder do Governo. Os dois **requerimentos** formulados pela minoria foram indeferidos (votação por grupo de artigos, formulada pelo Dep. Givaldo Vieira e votação de artigo por artigo pelo Dep. Daniel Almeida, PT-ES e PC do B-BA, respectivamente). A PEC foi aprovada em segundo turno de votação por 359 a 116 (e duas abstenções). Todos os **DVS** foram rejeitados (foram 6 destaques votados: 3 da bancada do PT, 1 do PDT, 1 do PSOL e 1 do PCdoB).

A PEC 241/16 chegou ao Senado em 26/10/2016 e foi convertida em PEC 55/2016. Curiosamente, o recebimento da PEC foi seguido pelo "sermão" do então Presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), sobre a "Operação Métis", realizada pela Polícia Federal, realizada no Senado e que culminou na prisão de quatro policiais legislativos[211]. Nessa mensagem também há a sugestão de indicação do Sen. Eunício Oliveira (PMDB-CE) para a relatoria da PEC, que, de fato, foi o indicado pelo Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), José Maranhão (PMDB-PB), para o mister.

O parecer do Sen. Eunício Oliveira (PMDB-CE) não inova no debate predominante que já vinha sendo travado na Câmara, já que visa referendar a necessidade de maior austeridade no controle das contas. Nesse sentido, sustenta a constitucionalidade da PEC, fazendo aportes, inclusive, a diversas decisões judiciais que legitimariam a reforma constitucional (notadamente o Mandado de Segurança n. 34.448, que versa sobre a própria tramitação da PEC).

211 http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/10/agentes-da-policia-federal-realizam-acao-no-congresso-nesta-sexta.html. Acesso 29 jul 2017.

Foram apresentadas 59 emendas à PEC nº 55/2016 durante a CCJC e outras 6 na fase plenária. A maioria das emendas foi oferecida pela oposição e todas foram rejeitadas. Destaque-se a Emenda Modificativa nº 1, de autoria da Sen. Gleisi Hoffmann (PT-PR), que foi a única emenda analisada pelo Relator no parecer e veiculava a necessidade de que a PEC fosse submetida à referendo popular. A Emenda Modificativa nº 3, da Sen. Vanessa Grazziotin (PC do B-AM) e a Emenda Modificativa de Plenário nº 65, do Sen. Randolfe Rodrigues (REDE-AP), também versaram no mesmo sentido.

O passo seguinte na tramitação legislativa foi a audiência pública realizada em 09/11/2016 realizada na CCJC. O foco, assim como na Câmara, foi no debate eminentemente técnico, já que as autoridades que participaram, além dos Senadores que integravam a Comissão, foram: Professor Assistente Samuel Pêssoa (EPGE/FGV-RJ e IBRE/FGV), Professor Pedro Paulo Zaluth Bastos (Economia UNICAMP), Professor Guilherme Santos Mello (Economia UNICAMP e CECON-UNICAMP) e Marcos José Mendes (representando o Ministério da Fazenda).

Dois votos foram apresentados em separado à CCJC, ambos pela inconstitucionalidade. Sen. Roberto Requião (PMDB-PR) trouxe os seguintes argumentos: i) por violar o voto direto, secreto, universal e periódico, já que embaraçaria a ação do Executivo eleito; ii) violação à vedação do retrocesso social; iii) violação à Separação dos Poderes; iv) violação à razoabilidade; v) vedação ao princípio da individualização da pena. Já o Sen. Randolfe Rodrigues (REDE-AP): a) congelamento da democracia, já que reduz as escolhas da sociedade na alocação dos recursos; b) problema dos limites globais em caso de crescimento; c) congelamento de recursos para saúde e educação; d) ausência de um modelo de desenvolvimento.

O parecer foi aprovado em 09/11/2016, por 19 votos a 7. O Sen. Humberto Costa (PT-PE) formulou **DVS** para que fosse votada a referida Emenda n. 1, tendo sido indeferido pelo Presidente da Comissão. A análise das 58 emendas apresentadas foi feita por blocos argumentativos, tendo o Sen. Eunício Oliveira (PMDB-CE) apresentado fundamento para cada uma delas.

As cinco sessões de discussão no Plenário contaram com a centralização dos discursos por Senadores que integravam a minoria parlamentar e ocorreram entre 16/11/2016 e 23/11/2016.

O primeiro turno de votação foi em 29/11/2016. Foram formulados três **DVS**, dois pelo Sen. Humberto Costa (PT-PE) e um pela Sen. Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM). A PEC foi aprovada por 61 a 14 e os destaques não foram frutíferos para a minoria, já que os dois destaques que versavam sobre a votação de emendas à proposição foram rejeitados e o único que versava sobre um artigo da proposição (art. 110, II, ADCT, o que garantia as aplicações mínimas em saúde e educação) foi aprovado por 55 a 17.

O segundo turno de tramitação na PEC se iniciou em 08/12/2016, sendo que nesse dia ocorreram três sessões deliberativas (duas extraordinárias e uma ordinária). Nesse momento, a tramitação foi mais expedita e contou com menos intervenções do que se sucedia até então, porém, existiam discursos pró e contra a PEC dos Senadores. Nessa data, dentre as deliberações, houve a votação sobre a possibilidade ou não de realizar sessão extraordinária na tramitação da PEC, justamente como forma de ter o segundo turno mais célere, que foi aprovada por 48 a 12.

A votação em segundo turno da PEC 55/2016 ocorreu em 13/12/2016. Inicialmente, houve a votação dos **requerimentos** formulados pelo Sen. Humberto Costa (PT-PE), para a retirada de pauta da PEC e para o adiamento da votação. Após rejeição pela votação simbólica, houve pedido de **verificação** pelo Sen. Humberto Costa (PT-PE) e pelas Senadoras Gleisi Hoffmann (PT-PR) e Vanessa Grazziotin (PC do B-AM), cujo resultado da votação nominal foi pela rejeição (46 votos contra os requerimentos e 13 a favor). Dois **DVS** foram formulados, ambos pela bancada do PT, para que fosse votado o artigo sobre as aplicações mínimas na saúde e educação (Requerimento nº 943) (art. 110, II, ADCT) e o artigo sobre a garantia da irredutibilidade do salário mínimo (Requerimento nº 944) (art. 109. VIII, ADCT). **A PEC 55/16 foi aprovada em segundo turno por 53 a 16**. E destaques também foram aprovados por 52 a 20 (nº 943) e 52 a 19 (nº 944).

O Congresso Nacional se reuniu em 15/12/2016 para a promulgação da PEC, que se tornou a Emenda Constitucional nº 95/2016.

3.2.2 Marco Regulatório do Pré-Sal (Lei nº 12.734/12)

O segundo caso que merece ser investigado diz respeito à Lei nº 12.734/12, que estipulou novas regras acerca da partilha dos royalties entre entes da Federação e na participação especial dos fundos de exploração de petróleo e afins. Assim como o NRF, a tramitação da referida legislação também contou com a judicialização do seu procedimento, razão pela qual há uma identidade nas estratégias utilizadas pelas minorias parlamentares durante o processo legislativo.

A diferença nesse momento diz respeito justamente à insuficiência da caracterização das minorias parlamentares. Diferente da PEC, cujas forças político-partidárias se alinhavam em uma dinâmica base governista *versus* oposição, a partilha não refletiu essa dualidade. A minoria parlamentar esteve caracterizada pelos parlamentares que representavam os Estados afetados por esse novo marco regulatório (bancada do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, notadamente). Assim, nesse momento, a utilidade maior é perceber como os representantes dos Estados produtores se comportaram ao longo do processo legislativo.

O procedimento se iniciou no Senado Federal, visto que a proposição foi formulada pelo Sen. Wellington Dias (PT-PI), Projeto de Lei (PL) nº 448/2011. O cerne da discussão foram os artigos 3º e 6º, que delineiam a partilha entre os entes federados.

O cotejo da proposição originária com a redação final da Lei nº 12.734/2012 apresenta uma mudança nos percentuais dos *royalties* partilhados. O art. 4º da PL nº 448/2011 indicava que a distribuição dos *royalties* da exploração do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, seria a seguinte: 1) 40% para União; 2) 30% para um fundo especial entre Estados e Distrito Federal; 3) 30% para um fundo especial entre Municípios. No entanto, o 42-A, da Lei nº 12.531/2010, inserido pela Lei nº 12.734/2012, faz o rateio do seguinte modo: 1) 22% para Estados confrontantes; 2) 5% para Municípios confrontantes; 3) 2% para Municípios afetados pelo embarque e desembarque de operações relativas a petróleo e afins; 4) 24,5% para um fundo especial entre Estados e Distrito Federal; 5) 24,5% para um fundo especial entre Municípios; 6) 22% para um fundo especial da União.

Iniciada a tramitação no dia 05/08/2011, tão logo a proposta foi encaminhada para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Durante o prazo para emendas, nenhuma foi enviada.

O requerimento mais fundamental aconteceu na sessão deliberativa do dia 27/09/2011, que foi o requerimento de urgência formulado pelo Sen. Humberto Costa (PT-PE), que foi aprovado por votação simbólica. Com isso, a PL não tramitou pelas Comissões Temáticas[212], tendo havido o parecer conjunto de Plenário pelo Relator Sen. Vital do Rêgo (PMDB-PB).

O referido parecer tomou por base o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 16/2010, que passou a ser um dos apensamentos da PL nº 448/201. Quanto à PLC nº 16/2010, o Relator buscou retratar tão somente o conteúdo que não fora convertido na Lei nº 12.531/2010 ou abordado por ela, cujos pontos são os seguintes: a) falta de teto para recuperação de custos e mecanismo de royalties ressarcíveis (sobre a fórmula de calcular a repartição do excedente da produção); b) progressividade na alíquota conforme produtividade dos campos petrolíferos; c) possibilidade de criação de *joint venture* entre União e contratados; d) situação de como seria comercializado o óleo excedente vendido a preço abaixo do mercado; e) e análise das emendas parlamentares lançadas à PLC, que incorpora as questões relativas à necessidade de estudos técnicos ambientais, regras específicas quanto à licitação e delineamento dos limites territoriais.

A votação do parecer se iniciou na sessão de 18/10/2011. Foram formulados **requerimentos** de tramitação conjunta ao PL 448/2011, formulados pelo Sen. Marcelo Crivella (PRB-RJ) e Sen. Lindbergh Farias (PT-RJ), que foram aprovados simbolicamente (requerimentos nº 1.234/2011, nº 1.235/2011 e nº 1.236/2011).

O debate continuou na sessão de 19/10/2011, que foi marcada por discursos pró e contra a partilha. Nesse momento, foram formuladas 41 emedas ao PL nº 448/2011, das quais 30 foram formuladas por parlamentares que se enquadravam na condição de minoria nessa questão: Sen. Marcelo Crivella (PRB-RJ), com 5 emendas; Sen. Lindbergh Farias (PT-RJ) com 2 emendas; Sen. Francisco Dornelles (PP-RJ), com 18 emendas; e Sen. Ricardo Ferraço (PMDB-ES), com 5 emendas.

[212] 1) De Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática; 2) de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle; 3) de Assuntos Sociais; 4) de Educação, Cultura e Esporte; 5) de Constituição, Justiça e Cidadania; 6) de Assuntos Econômicos; 7) de Serviços da Infraestrutura.

Todas as emendas apresentadas foram rejeitadas pelo Relator Sen. Vital do Rêgo (PMDB-PB). Na sequência, houve requerimento formulado pelo Sen. Franscisco Dornelles (PP-RJ), para que seu substitutivo (PLS nº 625/2011) tivesse preferência na votação. Em votação simbólica foi rejeitado. Após verificação requerida pelo Sen. Demóstenes Torres (DEM-GO) o requerimento foi rejeitado por 20 a 45. Em seguida, passou-se a votação do requerimento nº 1.268/2011, apresentado pelo Sen. Romero Jucá (PMDB-RR), para preferência na votação do PL nº 448/2011, aprovado por votação simbólica.

Antes da votação da proposição, foram formulados 10 DVS, 4 sendo da minoria situacional, sendo que apenas 3 desses foram aprovados para que se colocasse em votação. Os únicos DVS aprovados foram os formulados pelo Sen. Romero Jucá (PMDB-RR), então Líder do Governo, que veiculavam as emendas supressivas do art. 1º e art. 5º da PL nº 448/2011. O substitutivo do Relator foi aprovado, tendo por votos contrários apenas os dos Senadores Ricardo Ferraço (PMDB-ES), Lindbergh Farias (PT-RJ), Ana Rita (PT-ES), Francisco Dornelles (PP-RJ) e Cristovam Buarque (PDT-DF) (apenas esse último não integrava a bancada dos estados produtores).

Após, passou-se à leitura e votação do parecer nº 1.121/2011, contendo a redação do vencido[213] para a votação em turno suplementar, já com as supressões do art. 1º e 5º decorrentes dos destaques formulados pelo Sen. Romero Jucá (PMDB-RR). Com isso, ficou ainda mais evidente que o enfoque da proposição seria tão somente os percentuais de partilha para os entes federativos.

Mais uma vez, foram apresentadas 22 emendas parlamentares, das quais 13 eram da minoria parlamentar: 7 do Sen. Ricardo Ferraço (PMDB-ES) e 6 do Sen. Francisco Dornelles (PP-RJ).

O Sen. Vital do Rêgo (PMDB-PB) incorporou as Emendas nº 4, 5, 10, 12 e 15, na consolidação do Parecer nº 1.122/2011, todos referentes ao mesmo assunto, qual seja o percentual que é repassado ao Fundo Social da União, para que esse não inclua as despesas com a Administração

[213] Ou seja, o substitutivo que consiste na proposição original já com os acréscimos e supressões advindas das emendas.

Direta. Frise-se que todas essas emendas foram propostas, também, pelo mesmo Senador – Romero Jucá (PMDB-RR). Em votação simbólica, tais emendas foram aprovadas.

Ainda sobre as emendas, o Sen. Ricardo Ferraço (PMDB-ES) formulou DVS sobre a emenda nº 19, sobre a compensação dos municípios e estados produtores pela perda de receita do marco regulatório. Aprovou-se simbolicamente o requerimento, porém, em votação simbólica, a emenda foi rejeitada e, após acordo de líderes[214] e autorizada a verificação, foi rejeitada por 40 a 21 (3 abstenções).

A última etapa da sessão legislativa no Senado foi a votação do parecer nº 1.123/2011, já com a redação final do PLS nº 448/2011. A votação foi simbólica e a proposição foi aprovada.

Enviada à Câmara em 24/10/2011, na condição de Casa Revisora, a proposição se tornou Projeto de Lei (PL) nº 2.565/2011. Nessa mesma data, foram determinados a criação Comissão Especial para apreciação e o apensamento de vários projetos de lei relativo ao tema.

A Comissão Especial supracitada foi criada em 23/11/2011, composta por 30 membros titulares e 30 suplentes. Porém sua instalação não ocorreu, já que em 06/11/2012 foi aprovado o requerimento de urgência formulado pelos Dep. Jesus Rodrigues (PT-PI), Dep. Alceu Moreira (PMDB-RS), Dep. Assis Carvalho (PT-PI), Dep. Júlio César Moreira (PSD-PI), e Dep. Marcelo Castro (PMDB-PI), por 277 votos a favor e 47 contrários (e 1 abstenção).

Na segunda sessão deliberativa, que também ocorreu em 06/11/2012, ficou clara a estratégia da minoria parlamentar recorrer aos requerimentos como tentativa de impedir a votação, como se deu com os requerimentos de retirada de pauta e de adiamento de sessão formulados pelo Dep. Anthony Garotinho (PP-RJ), ambos rejeitados. Nessa sessão, foi indicado o Dep. Carlos Zarattini (PT-SP) para proferir parecer pela Comissão Especial ao PL nº 2.565/2011 e foram apresentadas 27 emendas, das quais apenas 6 tiveram autoria de parlamentares da bancada dos estados produtores: 3 do Dep. Alessandro Molon (PT-RJ), 1 da Dep. Sueli Vidigal (PDT-ES), 1 do Dep. Rodrigo Bethlem (PMDB-RJ) e 1 do Dep. Otávio Leite (PSDB-RJ). Todas as emendas foram rejeitadas pelo parecer.

[214] Com resistência dos líderes do PC do B e do PSB, pois queriam que a emenda nº 25 passasse por verificação e também fosse votada nominalmente.

Por fim, a PL, tal como veio do Senado, foi aprovada por 286 a 124, sendo que apenas a bancada do ES e do RJ foram unânimes na rejeição. A liderança do PT orientou a bancada para votar pela rejeição, o que também contribuiu para o número maior da rejeição (61 dos 67 deputados da bancada seguiram a orientação). Em seguida, foram votados os DVS, nenhum tendo sido veiculado por parlamentares dos estados produtores[215] e nenhum tendo sido aprovado.

A Presidente da República, Dilma Rousseff, vetou alguns artigos que integravam o PL nº 2.565/2011, a saber:
1) os itens 1, 3, 4 e 5 das alíneas "d" e "e" dos incisos I e II e §4º do art. 42-B da Lei nº 12.351/2010, que retratavam a possibilidade de Estados e Municípios produtores optarem por receber recursos do Fundo Especial ao invés da compensação dos royalties;
2) parágrafos 1º e 2º do art. 42-B da Lei nº 12.351/2010, que traziam limites máximos para recebimento de royalties pelos Municípios produtores;
3) parágrafo 3º do art. 42-B da Lei nº 12.351/2010, que classificava os pontos de entrega às concessionárias de gás natural como instalações de embarque e desembarque para fins de pagamento de royalties;
4) art. 42-C da Lei nº 12.351/2010, que versava sobre a destinação dos recursos do Fundo Especial;
5) art. 3º e 4º do PL nº 2.565/2011, aquele retrata sobre os percentuais de partilha, e que não fazem a ressalva da inaplicabilidade dos contratos já em vigor, já esse diz respeito ao destino dos recursos dos royalties ao desenvolvimento tecnológico-científico.

A votação do Veto nº 38/2012 ocorreu em 06/03/2013. O Congresso Nacional derrubou o veto, tendo a votação sido a seguinte: 54 não e 7 votos sim, com relação ao Senado Federal, e um número variável com relação à Câmara dos Deputados, já que as cédulas de votação contemplavam 142 itens, que variou de 349-354 não e 41-45 sim (os votos em branco também variaram de 2-9).

3.2.3 Reforma Partidária ou Portabilidade Eleitoral (Lei nº 12.875/13)

[215] Até pela dinâmica do DVS seguir o lastro partidário e não de grupos parlamentares, tal como visto acima. Numericamente seria inviável para a bancada do ES e do RJ formular DVS em conjunto.

A terceira tramitação foi sensivelmente mais breve e célere do que as duas anteriores. A reforma partidária empreendida entre 2012-2013 teve como cerne a migração partidária e acesso ao fundo partidária e horário de propaganda eleitoral.

Em linhas gerais, o Projeto de Lei (PL) nº 4.470/2012 apresentado em 19/09/2012, do Dep. Edinho Araújo (PMDB-SP) e subscrito por outros, possuía apenas 3 artigos que modificavam a Lei de Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95) e a Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/97), para que ficasse claro que a migração partidária do parlamentar durante a legislatura não importaria em refazimento do cálculo do percentual do Fundo Partidário (art. 29, §6º c/c art. 41-A da Lei dos Partidos Políticos), bem como do cálculo da propaganda eleitoral gratuita (art. 47, §2º, da Lei Eleitoral).

Desde já vale ressaltar que tal reforma foi reputada inconstitucional[216]. No entanto, o processo legislativo merece ser estudado, sob a ótica das minorias parlamentares, por dois motivos. Primeiro, pelo fato de ter havido sua judicialização durante a tramitação, inclusive com vários argumentos que repercutiram na ação do controle concentrado posteriormente bem-sucedida. Segundo, pelo fato de também ter sido nítida a distribuição de forças entre os partidos durante o processo legislativo.

Em 09/10/2012, foi formulado requerimento de urgência pelo Dep. Henrique Alves (PMDB-RN), um dia antes do PL 4.470/2012 ter sido encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). O requerimento foi rejeitado em Plenário, no dia 10/04/2013, por votação nominal (247 a 20 e 9 abstenções). No entanto, no dia seguinte ao indeferimento, em 11/04/2013, o Dep. José Guimarães (PT-CE) formulou novo requerimento em igual sentido, o qual fora subscrito por vários líderes (inclusive, os líderes do governo e da minoria). Esse requerimento foi aprovado 259 a 58 (e 4 abstenções) em 16/04/2013, apesar de requerimento contrário formulado pelo Dep. Paulo Pereira da Silva (PDT-SP).

A minoria parlamentar também recorreu a requerimentos como forma de impedir a votação. A primeira sessão deliberativa da proposição ocorreu em 17/04/2013, às 11:00. Houve **requerimento** de retirada de pauta formulado pelo Dep. César Colnago (PSDB-ES), que foi rejeitado simbolicamente e, após pedido de **verificação** formulada pela Dep. Carmen Zanoto

[216] ADI nº 5.105/DF, Min. Rel. Luiz Fux, julgada em 01/10/2015, DJe em 15/03/2016.

(PPS-SC), pelo Dep. Beto Albuquerque (PSB-RS) e pelo Dep. Alexandre Toledo (PSDB-AL), foi confirmado o indeferimento por 239 a 17 (e duas abstenções).

Relator designado para a feitura do parecer pela CCJC foi o Dep. Magela (PT-DF), o qual defendeu a constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa do PL 4.470/2012. Muito embora tenha havido requerimentos com o objetivo de adiar a discussão, o adiamento decorreu da falta de quórum.

No mesmo dia, às 16:10, a discussão foi retomada. Houve requerimento formulado pelo Dep. Marcos Rogério (PDT-RO) para retirada de pauta, o qual foi rejeitado por votação simbólica e, após verificação requerida pelos Dep. Beto Albuquerque, César Colnago e Márcio Macêdo (PT-SE), manteve-se a rejeição por 248 a 21 (e duas abstenções). Por outro lado, o requerimento formulado pelos líderes para encerramento da discussão e encaminhamento da votação foi aprovado tanto simbolicamente quanto nominalmente por 271 a 14 (e duas abstenções), após pedido de verificação formulado pelos Dep. Vanderlei Macris (PSDB-SP), Dep. Rubens Bueno e Dep. Roberto Freire (PPS-SP).

Foram apresentadas 7 emendas ao projeto, todas rejeitadas pelo parecer, das quais 6 de autoria de parlamentares da oposição: 1 do Dep. Rubens Bueno (PPS-PR), 1 do Dep. Carlos Sampaio (PSDB-SP), 3 dos Deputados Mendonça Filho (DEM-PE) e Ronaldo Caiado (DEM-GO), 1 do Dep. Walter Feldman (PSDB-SP).

Ainda em 17/04/2013, a sessão foi retomada. Houve r**equerimento** para retirada de pauta formulada pelo Dep. Ronaldo Caiado (DEM-GO), rejeitado por votação simbólica, de igual modo o requerimento formulado pelo Dep. Rubens Bueno (PPS-SP), para que a votação fosse feita artigo por artigo. As emendas foram rejeitadas por votação simbólica, ao passo que o PL 4.470/2012 foi aprovado também por votação simbólica. Após verificação requerida pelos Dep. Izalci (PSDB-DF), Dep. Rubens Bueno, Dep. Beto Albuquerque (PSB-RS) e Dep. Eduardo Cunha (PMDB-RJ), a aprovação se confirmou por 240 a 30 (e 3 abstenções).

Alguns partidos estiveram em **obstrução**[217] e por pouco o quórum para instauração da sessão não foi alcançado. No entanto, a força da coalizão governista daquele momento foi

[217] PSDB, PSB, PTB, PPS, PV, PSOL, PMN e a própria Minoria formal.

imprescindível para a aprovação, tendo em vista que PT (66, de 69 possíveis), PMDB (48 votos, de 52 possíveis) e PSD (29, de 31 possíveis) praticamente catapultaram o destino da votação. A bancada do PSDB também apresentou DVS, para que fosse votada a emenda nº 2 (para aplicação da Lei apenas a partir de 2015). Contudo, o requerimento foi rejeitado simbolicamente e, após **verificação** solicitada pelos Dep. Domingos Sávio (PSDB-MG), Dep. Ivan Valente (PSOL-SP), Dep. Beto Albuquerque e Dep. Eduardo Cunha, a rejeição foi confirmada por 230 a 26 (e uma abstenção). Por acordo de líderes, a discussão foi adiada.

Retomou-se a discussão em 23/04/2013. Houve requerimento do Dep. Chico Alencar (PSOL-RJ), para retirada de pauta do PL 4.470/2012, o qual foi rejeitado simbolicamente. O único DVS que acabou por ser exitoso e que foi responsável pela supressão do termo "inciso II", na redação do art. 47, §7º, que estendeu as hipóteses de perda ao direito de propaganda eleitoral a toda migração partidária.

A proposição chegou ao Senado em 23/04/2013, foi transformada em PLC nº 14/2013 e tão logo encaminhada à CCJC. No dia seguinte, foi formulado requerimento de urgência (nº 361/2013) pelo Sen. Gim Argello (PTB-DF) e subscrito por outros, que não foi apreciado, ante o encerramento da sessão.

O PLC nº 14/2013 contou apenas com uma emenda, apresentada pelo Sen. Ricardo Ferraço (PMDB-ES), modificativa, que buscava alterar o art. 3º, para que a reforma partidária somente entrasse em vigor a partir de 2018.

Ainda sobre as "preliminares" do processo legislativo no Senado, houve requerimento (nº 377/2013) de tramitação conjunta do PLC nº 14/2013 aos PLS nº 266/2011 e PLS nº 268/2011 formulado pela Sen. Ana Amélia (PP-RS) e subscrito por outros, o qual foi aprovado em 21/05/2013. Todavia, essa decisão foi declarada nula, ante a decisão no Mandado de Segurança nº 32.033 que determinou a suspensão do processo legislativo da referida proposição e que será debatido no capítulo seguinte.

A tramitação só foi retomada em 08/10/2013. Nessa sessão deliberativa, houve o parecer do Sen. Aloysio Nunes (PSDB-SP), na condição de Relator do Parecer nº 1.116/2013, que substituiu a CCJC, que reputou constitucional a reforma e prejudicada a emenda proposta pelo

Sen. Ricardo Ferraço. Alguns Senadores discursaram sobre a proposição e a maioria foi unânime em criticar a possibilidade de partidos recém-criados terem acesso ao Fundo Partidário e propaganda eleitoral. Exceção do Sen. Rodrigo Rollemberg (PSB-DF), que criticava a PLC nº 14/2013 por suposto casuísmo no embaraço da criação à REDE e vícios de constitucionalidade, e do Sen. Pedro Simon (PMDB-RS), que não via urgência no projeto e que deveria passar por uma reflexão mais apurada. Em sequência, **a PLC foi aprovada simbolicamente, ao passo que a emenda foi rejeitada simbolicamente**.

O projeto foi encaminhado para sanção em 10/10/2013 e sancionada pela Presidência da República em 31/10/2013.

3.3 Considerações Sobre a Performance das Minorias Parlamentares

A principal caraterística que é traço comum nas três investigações diz respeito aos poderes que os Relatores e os Presidentes das Comissões possuem, especialmente pela proposição final das três proposições estarem muito mais próximas dos pareceres do que a proposição originalmente enviada.

O poder de agenda dos Presidentes das Comissões já havia sido identificado por Adriano Pilatti[218], quando da análise da arquitetura das Comissões nos trabalhos da Constituinte, e Fabiano Santos e Acir Almeida, a retratar o poder informacional que os Relatores possuem[219]. A junção desses dois tipos de poderes acaba por significar a força pela qual a coalizão governista pode dominar o processo legislativo. De um lado, a possibilidade de pautar apenas o que faz parte das *policies* de sua maior preferência. De outro, a possibilidade de indicar Relatores de modo estratégico, seja com o intuito de auferir ganhos informacionais quanto às

[218] "Na verdade, Covas fez aí bom uso do tempo escasso: aproveitando o tempo propício determinado pela impossibilidade de deliberação pela bancada majoritariamente conservadora, escolheu preferencialmente relatores progressistas. A manobra despertou protestos, sobretudo dentro da própria bancada do PMDB, e apresentação de chapas alternativas em algumas Comissões, mas acabou resultando vitoriosa: chapas fechadas, nascidas do acordo entre os líderes do PMDB e do PFL, eram as únicas que contavam com cédulas impressas disponíveis já na abertura de todas as oito reuniões; em todas elas, os presidentes definidos no acordo foram eleitos e, empossados, designaram os relatores do PMDB." PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 66.

[219] Partindo do pressuposto de que os legisladores não têm certeza quanto às consequências das políticas públicas sobre as quais têm que decidir, pode-se, sob a perspectiva informacional, interpretar o relator como um agente da sua comissão cuja incumbência é coletar e compartilhar informação sobre o impacto de uma política específica. [...]" SANTOS, Fabiano; ALMEIDA, Acir. **Fundamentos informacionais do presidencialismo de coalizão**. Curitiba: Appris, 2011. p. 122.

predileções da minoria/oposição, seja com o intuito de tornar a proposição mais alinhada ao mediano das Comissões e do Plenário, que inevitavelmente repercutiria na aprovação.

A PEC do Teto de Gastos e a reforma partidária se converteram exatamente no parecer e proposição feita pelos Relatores. Quanto ao marco regulatório dos royalties, as únicas diferenças disseram respeito às emendas supressivas propostas pelo Sen. Romero Jucá (PMDB-RR), que naquela tramitação desempenhava o papel de líder do governo, o que somente subscreve a importância dos líderes partidários.[220]

Além disso, outra conclusão que vai no reboque dessa última passa pela projeção de vitória de antemão da coalizão dominante, seja ela governista, como nos casos da reforma partidária e do NRF, seja ela circunstancial, como no caso dos royalties. O desenho institucional brasileiro acaba por ser estruturado com o propósito de evitar impasse, como se ilustra a partir dos requerimentos de urgência e as hipóteses de sobrestamento das tramitações. Com isso, torna-se muito menos provável que a minoria seja capaz de mudar o curso de ação da maioria, do que o contrário - a maioria ter que "ceder" em razão de algum tipo de veto estabelecido pela minoria/oposição.

Das três tramitações, a obstrução mais próxima do êxito foi feita por partidos que integravam a oposição, quando da votação da reforma partidária na Câmara dos Deputados: PSDB, PSB, PTB, PPS, PV, PSOL, PMN e o próprio bloco da Minoria. Contudo, a votação por 240 a 30 foi catapultada pela coalizão governista (e sua disciplina partidária, evidentemente) com PT (66, de 69 possíveis), PMDB (48 votos, de 52 possíveis) e PSD (29, de 31 possíveis) tornando a aprovação consequência inevitável. Nesse sentido, a obstrução somente repercutiria de modo mais dramático nos seguintes casos: a) altas taxas de indisciplina partidária dos parlamentares que compusessem a coalizão governista; b) coalizão governista minoritária; c) coalizão

[220] "A organização do Congresso brasileiro também se mostra diferente nos dois períodos democráticos analisados. O Congresso atual é altamente centralizado. A distribuição de direitos e recursos parlamentares é extremamente favorável aos líderes partidários. O presidente da Câmara e os líderes partidários exercem um controle rígido sobre o processo legislativo. Eles são os responsáveis pela determinação da pauta legislativa. Mesmo no caso de medidas provisórias, que seguem um cronograma automático, os líderes podem obstruir a votação. Os líderes partidários são responsáveis pela designação e substituição (a qualquer momento) de membros de comissões permanentes e especiais, formadas para analisar matérias que sejam da alçada de mais de três comissões. Eles também nomeiam os membros das comissões conjuntas do Senado e da Câmara, formadas para analisar medidas provisórias e orçamento. Esses dois tipos de comissão não existiam no período 1946-1964." FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Poder de agenda na democracia brasileira: desempenho do governo no presidencialismo pluripartidário. In. SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lúcio (ORG) **Reforma Política**: lições da história recente. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. pp. 248-280. p. 255-256.

governista majoritária, porém, incapaz de alcançar todos os *quoruns* necessários para a implementação da sua política, especialmente os 3/5 para emendas constitucionais.

A hipótese lançada pela pesquisa, de que o processo legislativo brasileiro não se opera em uma lógica binária, não se verificou, ao menos nas três situações investigadas. Quando muito, as minorias parlamentares possuem a aptidão de prolongar o curso da tramitação e tentando impor constrangimentos através de apelos retóricos, tal como as bancadas do RJ e ES nos royalties, ou a oposição no caso do NRF. Contudo, a legislação acaba por refletir o bloco majoritário, mais precisamente ao que foi determinado pelo Relator.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO: SERIA (OU DEVERIA SER) A PRINCIPAL ESTRATÉGIA DAS MINORIAS PARLAMENTARES?

Conforme visto no capítulo anterior, diversas são as estratégias que as minorias parlamentares se valem durante o processo legislativo. Em que pese as possibilidades de ação dentro do próprio Parlamento, a estratégia que tem se revelado como a mais frequente é a judicialização do processo legislativo.

O cenário desenhado no capítulo 2 inseriu o Judiciário como uma variável endógena do arranjo institucional decorrente do presidencialismo de coalizão a partir da seguinte estrutura argumentativa: i) não faria muito sentido limitar a abordagem neoinstitucionalista apenas ao Legislativo, sendo que o Judiciário (mais precisamente, os magistrados integrantes) sofre constrangimentos institucionais da mesma forma que as suas estratégias de ação condicionam as instituições; ii) logo, o Judiciário também se apresenta como um ator estratégico, podendo operar com ator de veto ou não, cuja atuação será pautada, sobretudo, pela distância das preferências com outros atores estratégicos e o *status quo*.

Por isso, retomam-se as hipóteses expostas naquele capítulo, que serão testadas a seguir:

Hipótese A: a judicialização do processo legislativo ocorrerá com mais frequência nos casos em que as preferências do Judiciário estiverem mais próximos das minorias parlamentares do que da coalizão governista.

Hipótese B: o Judiciário será mais ativista nos casos de judicialização do processo legislativo quando suas preferências estiverem mais próximas do status quo, no cotejo com as preferências da coalizão governista.

Sub-hipótese a: a judicialização do processo legislativo será mais frequente em casos com temas divisivos e/ou quando a coalizão governista for mais heterogênea.

Sub-hipótese b: o Judiciário será mais ativista nos casos de judicialização do processo legislativo quando houver um "shift" na coalizão governista - mais ativista quanto aos casos judicializados por partidos da antiga coalizão governista e que passaram para a condição de

oposição, ao passo que será mais deferente aos casos judicializados pela antiga oposição e que passaram a compor a atual coalizão governista.

Para fins de análise, as seguintes etapas de pesquisa foram desenvolvidas:
i) solicitação à Seção de Pesquisa de Jurisprudência do STF para que fizesse uma triagem no banco de dados dos acórdãos e decisões publicadas referentes a mandado de segurança que contivessem os seguintes indexadores – "processo legislativo" ou "proposição legislativa" – até 19/12/2017;
ii) o resultado desse requerimento apresentou um total de 54 acórdãos e 284 decisões monocráticas. Desses, alguns aparecem mais de uma vez, seja por ter havido a decisão colegiada, seja por ter havido duas decisões monocráticas (uma sobre a concessão ou não da liminar, outra sobre a concessão ou denegação da ordem);
iii) desse universo, restringiu-se ainda mais o âmbito de análise, visto que esses julgamentos versavam sobre temas diferentes da judicialização do processo legislativo e, também, da judicialização do processo legislativo da criação de leis[221].
iv) Admite-se, como limitação do trabalho, que as fontes primárias estiveram condicionadas aos indexadores acima. Nesse sentido, é possível que existam mandados de segurança que se prestassem para a judicialização do processo legislativo, porém, não apresentassem os indexadores e, portanto, ficaram de fora da análise.

Mas por que a análise apenas dos mandados de segurança?

Algumas justificativas são subjacentes à análise. Não se nega que o ajuizamento de ações de controle de constitucionalidade concentrado, em que algum dos fundamentos verse sobre inconstitucionalidade formal, trará novamente o processo legislativo para debate. Todavia, por razões de recorte metodológico e pela tentativa de restringir ao *momentum* da tramitação,

[221] Esse cenário é ainda mais contundente na análise das decisões monocráticas, já que muitas envolviam algum tipo de situação ligada à estrutura das Casas Legislativas ou processo legislativo *lato sensu*. Dentre os temas de relevo que exorbitam a pesquisa e estiveram versados nessas decisões estão: problemas relativos à instalação das CPI's ou deliberação sobre decisão judicial que determinou afastamento de parlamentar (MS nº 34.826) ou sobre o procedimento de processo político-disciplinar (MS nº 34.406) e impeachment (MS nº 34.577) ou sobre a impugnação à candidatura de Rodrigo Maia (DEM-RJ) à presidência da Câmara (MS nº 34.574) ou denúncia de tratado (MS nº 34.246) e nomeação de Lula para o cargo de Ministro na Casa Civil (MS nº 34.070 MC) e julgamento das contas do Presidente (MS nº 33.729).

deixando de lado estratégias para atacar legislações já promulgadas[222], delimitou-se ao estudo da judicialização do e durante o processo legislativo.

Apesar dessa ressalva, os casos que integraram o *process-tracing* do capítulo anterior não ficarão adstritos à análise dos mandados de segurança, que foram comuns à PEC do Teto de Gastos, à partilha dos royalties e à reforma partidária. Esses dois últimos contaram com a judicialização pós-processo legislativo e, por isso, é pertinente fazer algumas considerações sobre ela, até como forma de enxergar o objeto como o todo.

4.1 Análise dos Acórdãos

Do universo de 54 acórdãos catalogados a partir dos indexadores da seção de pesquisa do STF, 31 correspondem ao atual marco constitucional, enquanto os outros 23 dizem respeito à realidade anterior à Constituição de 1988 – a judicialização da Emenda Dante de Oliveira, retratada da introdução, está nesse repertório.

Depurando ainda mais os acórdãos, dentre os 31 pós-88, apenas 11 versam precisamente sobre a judicialização do processo legislativo de criação de leis propriamente dito. Dentro daquele primeiro número, encontra-se a judicialização de temas relevantes do funcionamento legislativo, tais como a tutela de direitos parlamentares durante o processo de cassação de mandato[223] e instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito[224]. Contudo, novamente por questões de recorte metodológico, optou-se por analisar tão somente os casos que tivessem diretamente relacionado aos processos de criação normativa.

Dos 11 casos destacados, nenhum deles foi bem-sucedido. Dois motivos levaram a Corte se manifestar em colegiado: a votação do próprio mérito do mandado de segurança, que não havia

[222] Esse cenário, por exemplo, evidenciaria dois caminhos viáveis para tal finalidade: a minoria parlamentar derrotada ou insatisfeita acerca de determinado resultado do processo legislativo poderá se valer dos instrumentos do controle concentrado ou reinaugurar o processo legislativo com a proposição no sentido contrário. Com as devidas ressalvas e contornos, a "cláusula de barreira de performance partidária" é um tema recorrente tanto na arena legislativa, quanto na judiciária, conforme se apura dos debates sobre a reforma política em trâmite em 2017. Cf. https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/11/politica/1502405203_433613.html. Acesso em 04 set 2017.
[223] Mandado de Segurança (MS) nº 34.327, Min. Relator Luís Roberto Barroso, julgado em 08 de setembro de 2016, DJe em 31 de julho de 2017, sobre o processo de cassação de mandato do então Deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ).
[224] MS nº 26.441, Min. Relator Celso de Mello, julgado em 25 de abril de 2007, DJe em 25 de abril de 2007.

se esgotado na decisão monocrática, ou o caso de interposição de recurso (agravo regimental) à decisão monocrática anterior durante o mandado de segurança.

A taxa de 0% de êxito já é conclusiva no sentido de que a Corte, ao menos o mediano de Plenário do STF, acaba por ser mais próxima ao *status quo* e à coalizão governista, conforme a distribuição espacial das preferências no capítulo 2, justamente por ter optado por ser deferente ao processo legislativo e evitar o sobrestamento do feito nesses casos.

A tabela abaixo permite debruçar um pouco mais sobre os casos:

Julgado	**Judicialização por Minoria?**	**Qual o tema de fundo?**	**Qual a razão do indeferimento?**
Ag.R em MS 34.063[225]	Não[226]	PLS 131/2015	Faltou apontar ilegalidade e *questão interna corporis.*
MS 32.033[227]	Sim	PLS 4.470/2012	Várias, conforme análise pormenorizada abaixo.
Ag.R MC MS 31.816[228]	Sim	PL 2.565/2011	Várias, conforme análise pormenorizada abaixo.
MS 24.642[229]	Sim	PEC 40/03	Ilegitimidade ativa do parlamentar e impossibilidade de MS como sucedâneo de ADI.
Ag.R MS 24.667[230]	Não	PEC 40/03	Ilegitimidade ativa de servidores públicos.

[225] Agravo Regimental em Mandado de Segurança (Ag. R. em MS) nº 34.063, Min. Relator Edson Fachin, julgado em 01 de julho de 2016, DJe 04 de outubro de 2016.
[226] Dep. Cabo Daciolo, eleito para a presente Legislatura pelo PSOL, na época estava sem partido. Posteriormente, se filiou ao PTdoB e, atualmente, está no AVANTE. A judicialização atende muito mais uma estratégia do parlamentar, do que um espectro de ação de "defesa" da minoria parlamentar.
[227] MS nº 32.033, Min. Relator Gilmar Mendes, Min. Relator para Acórdão Teori Zavascki, julgado em 20 de junho de 2013, DJe em 17 de fevereiro de 2014.
[228] Ag. R. em Medida Cautelar (MC) de MS nº 31.816, Min. Relator Luiz Fux, Min. Redator para Acórdão Teori Zavascki, julgado em 27 de fevereiro de 2013, DJe em 10 de maio de 2013.
[229] MS nº 24.642, Min. Relator Carlos Velloso, julgado em 18 de fevereiro de 2004, DJ em 18 de junho de 2004 (apareceu na listagem dos acórdãos e uma vez na lista de decisões monocráticas, com o indeferimento da liminar).
[230] Ag. R. em MS nº 24.667, Min. Relator Carlos Velloso, julgado em 04 de dezembro de 2003, DJ em 23 de abril de 2004.

MS 24.138[231]	Sim	PL 5.483/2001	Impossibilidade de MS fazer às vezes de controle preventivo de constitucionalidade.
Ag. R MS 23.914[232]	Sim	Acordo internacional	Legitimidade ativa seria exclusiva do Congresso Nacional.
MC MS 23.047[233]	Sim	PEC 33/96	Perda superveniente de objeto, diante da EC nº 20/98.
QO MS 22.864[234]	Sim	PEC 01/1995	Perda superveniente de objeto, diante da EC nº 16/97.
MS 22.503[235]	Sim	PEC 33A/1995	Rejeição da emenda substitutiva não impede a tramitação do projeto originário.
Ag.R MS 21.754[236]	Sim	Revisão Constitucional (PR 03/1993)	*Questão interna corporis*.

Dos 11 acórdãos destacados, 9 foram manejados pela minoria parlamentar naquele processo legislativo, ou seja, foram manejados pela oposição ou pela bancada minoritária do tema que estava sendo pautado. Por mais que esse número seja indicativo de como a minoria parlamentar recorre ao Judiciário com o objetivo de trancar a pauta, a pequena quantidade das decisões colegiadas acaba por ser mais conclusiva sobre o papel dessa instituição durante o processo legislativo.

[231] MS nº 24.138, Min. Relator Gilmar Mendes, julgado em 28 de novembro de 2002, DJ em 14 de março de 2003 (apareceu também na lista de decisões monocráticas, quando do indeferimento da liminar).
[232] Ag. R. em MS nº 23.914, Min. Relator Maurício Corrêa, julgado em 20 de junho de 2001, DJ em 24 de agosto de 2001 (não se conheceu do Writ em decisão monocrática, que também aparece listada pelo STF).
[233] MC em MS nº 23.047, Min. Relator Sepúlveda Pertence, julgado em 11 de fevereiro de 1998, DJ em 14 de novembro de 2003 (apareceu também na lista de decisões monocráticas).
[234] Questão de Ordem sobre Medida Liminar em MS nº 22.864, Min. Relator Sydney Sanches, julgado em 04 de junho de 1997, DJ em 16 de novembro de 2001 (apareceu também na lista das decisões monocráticas).
[235] MS nº 22.503, Min. Relator Marco Aurélio, Min. Redator para acórdão Maurício Corrêa, julgado em 08 de maio de 1996, DJ em 06 de junho de 1997 (apareceu também na lista de decisões monocráticas sobre a concessão da liminar).
[236] Ag. R. em MS nº 21.754, Min. Relator Marco Aurélio, Min. Redator para acórdão Francisco Rezek, julgado em 07 de outubro de 1993, DJ em 21 de fevereiro de 1997.

Além da taxa de êxito nula, a identificação da *ratio decidendi* acaba por demonstrar como a Corte se vale de uma estratégia de deferência à coalizão governista e/ou *status quo*. A decomposição dos argumentos é a seguinte:

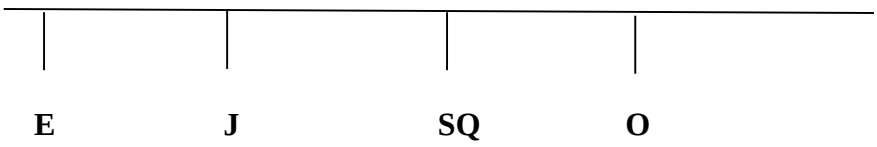
i) 4 dos 11 casos se escoraram na *questão interna corporis*, ou seja, a potencial inconstitucionalidade/ilicitude veiculada pelo mandado de segurança se situava no âmbito do próprio processo legislativo, devendo cada Casa resolver tal questão através do seu controle interno;

ii) 3 dos 11 versaram sobre a ilegitimidade ativa. A Corte opta por decidir no sentido de restringir a amplitude no acesso à jurisdição constitucional, o que também denota uma situação de diminuição da órbita de poder através da interpretação constitucional;

iii) 3 dos 11 trouxeram a perda do objeto (um deles a retratou como a impossibilidade do mandado de segurança como sucedâneo de controle de constitucionalidade). Aqui, a dinâmica temporal acaba por ser ilustrativa da hipótese de *não-decisão* da Corte, que age estrategicamente com o intuito de não intervir no processo legislativo durante sua tramitação.

Os argumentos que capitanearam os julgamentos supracitados devem ser interpretados em bases do *rational choice*, tal como desenvolvido no capítulo 2. Assim, caracterizam a situação do Judiciário em um ponto ideal distante das minorias parlamentares e mais próximo do *status quo* e da coalizão governista. A distribuição mais adequada para tanto é a que foi tratada na figura 3:

Figura 3



Os casos acima apontam no sentido de que as distâncias EJ e JSQ são muito menos significativas que a distância entre OJ, apesar dessa ser inferior à distância OE, razão pela qual a minoria parlamentar opta por judicializar o processo legislativo.

Conclui-se, portanto, que a hipótese A anunciada no início do capítulo se verifica. A hipótese B e a sub-hipótese B, no entanto, não podem ser investigadas, já que a taxa de sucesso das minorias parlamentares foi 0% no universo dos acórdãos. Isso sem contar o fato de a sub-hipótese B requerer um lapso temporal mais abrangente a ponto de conseguir capturar a mudança na coalizão governista.

A sub-hipótese A, sobre a frequência da judicialização do processo legislativo nos casos de temas divisivos ou coalizões heterogêneas, merece uma consideração mais detida. Por esse motivo, os dois julgamentos negritados na tabela acima e que abordam dois dos três processos legislativos discutidos no capítulo anterior terão seus argumentos exteriorizados de modo mais analítico.

4.1.1 Sobre a judicialização da reforma partidária de 2012-2013 (MS 32.033)

Trata-se de um dos casos paradigmáticos sobre o controle judicial do processo legislativo. O mandado de segurança com pedido liminar foi impetrado pelo Sen. Rodrigo Rollemberg (PSB-DF) em face da Câmara dos Deputados e do Presidente do Senado Federal, que naquela época já fazia parte da minoria parlamentar (oposição).

Muito embora o PSB tivesse feito parte da aliança eleitoral do primeiro Governo Dilma e também integrasse a base nos primeiros anos de governo, em setembro de 2013[237], ou seja, pouco antes da Lei nº 12.875/13 ter sido promulgada. Pode-se interpretar que a judicialização tenha sido um prenúncio da saída da base governista, já que o mandado de segurança foi ajuizado em abril de 2013. Além disso, Marina Silva se candidatou pelo PSB para as eleições presidenciais de 2014 e seu atual partido, REDE, seria um dos prejudicados caso essa reforma partidária ocorresse, o que é outro elemento indicativo do viés estratégico por detrás da judicialização por aquele.

A fundamentação lançada pelo impetrante passava pelos seguintes pontos:

[237] https://veja.abril.com.br/politica/psb-de-eduardo-campos-deixa-oficialmente-governo-dilma/. Acesso em 20 dez 2017.

a) o propósito da rápida tramitação do projeto de lei em 2013 foi para prejudicar a criação de novos partidos – Rede e Solidariedade – bem como a iminente fusão do PPS e PMN antes das eleições de 2014;
b) ofensa da cláusula pétrea relativa ao direito fundamental à livre criação de novos partidos e pluralismo político;
c) sufocamento de novos movimentos políticos;
d) quebra do princípio da igualdade entre os partidos e discriminação indevida entre os parlamentares que migrariam, sem que com isso houvesse a contabilização do fundo eleitoral e acesso à propaganda eleitoral gratuita;
e) casuísmo/excepcionalidade do caso.

Em 24/04/2013, o Min. Gilmar Mendes deferiu o pedido liminar para suspender a tramitação do PLC nº 14/2013 (já no Senado), até o julgamento de mérito da segurança, cujas considerações serão retomadas na seção seguinte.

Passando ao mérito, o voto do Min. Gilmar Mendes foi no sentido de conceder parcialmente a ordem, para que a PLC nº 14/2013 não pudesse ser aplicado à presente legislatura corrente e às eleições de 2014, ancorado no seguinte eixo argumentativo:
a) a jurisprudência do STF há muito permite o cabimento do mandado de segurança impetrado por parlamentar a fim de impedir processo legislativo tendente a abolir cláusulas pétreas, seja de PEC, seja de projeto de lei, bem como se houver violação ao processo legislativo constitucional;
b) o PLC nº 14/2013 retrata entendimento diametralmente oposto à interpretação do STF, quando do julgamento da ADI nº 4.430[238];
c) direito fundamental à liberdade de criação de legendas, à viabilidade de funcionamento parlamentar, à autonomia partidária e ao pluripartidarismo;
d) impossibilidade de mudança das regras do jogo, em razão de afronta à segurança jurídica, bem como das próprias estratégias de articulação das minorias;
e) violação à igualdade de chances de concorrência democrática;
f) dever da jurisdição constitucional em proteger as minorias e condições da democracia;
g) diálogos institucionais.

[238] ADI nº 4.430, Min. Relator Dias Toffoli, julgado em 29 de junho de 2012, DJe em 19 de setembro de 2013. Tratou-se do julgamento que julgou inconstitucional a necessidade de que o acesso eleitoral gratuito seria conforme a representação proporcional parlamentar dos partidos.

O Min. Teori Zavascki também foi o responsável por inaugurar a divergência no mérito, de modo a salientar o descompasso do direito líquido e certo de o parlamentar não ser obrigado a participar do processo legislativo e a efetiva pretensão da demanda de inibir a tramitação do projeto de lei. Sobre essa intervenção, abrem-se duas hipóteses de sindicabilidade judicial: PEC manifestamente ofensiva a cláusula pétrea e PL ou PEC cuja tramitação viola cláusula constitucional do processo legislativo. A cotejar o caso, nenhuma das hipóteses estaria verificada. Além disso, o Ministro tenta discorrer sobre os possíveis problemas inerentes à intervenção jurisdicional no processo legislativo para além dos parâmetros da Constituição, sobretudo diante do espaço de competência de cada instituição.

A Min. Rosa Weber acompanhou a divergência, de modo a adotar uma posição restritiva da judicialização do processo legislativo, para que o MS não se arvorasse na condição de controle prévio de constitucionalidade.

O Min. Luiz Fux também acompanhou a divergência, recusando o juízo preventivo de constitucionalidade das leis pelo STF. Para tanto, trouxe diversos exemplos na jurisprudência da Corte sobre o tema, além de reforçar que o limite aposto pelas cláusulas pétreas se evidencia com relação ao Poder Reformador, não sendo um impeditivo para a tramitação de uma lei inconstitucional. Entendimento contrário daria azo a uma enxurrada de PLs inconstitucionais para análise prévia.

Min. Dias Toffoli seguiu voto do Relator, que fez considerações sobre a nocividade da proposição legislativa, mas não atacou as questões processuais da judicialização do processo legislativo propriamente ditas.

O Min. Ricardo Lewandowski também seguiu a divergência, cujos argumentos remontam o que já foi discutido acima, a saber: limite das cláusulas pétreas ao Poder de Reforma e a impossibilidade do controle prévio de constitucionalidade de projetos de lei.

O Min. Marco Aurélio acompanhou a divergência em razão da inadequação do mandado de segurança, o qual só seria cabível em casos de violação ao marco regulatório do processo legislativo, ou seja, para a tutela de direito subjetivo público do parlamentar.

A Min. Carmen Lúcia entende não ser cabível mandado de segurança, nos mesmos termos que o Min. Marco Aurélio sugeriu. Avançando ao mérito, também enxergou a impossibilidade da concessão da ordem, o que a levou a acompanhar a divergência, ancorando o voto em julgados anteriores da Corte com objeto análogo. Além disso, deixa claro que o controle preventivo é ato excepcionalíssimo, ainda que não seja adstrito a emendas. Porém, não haveria que se falar em vícios no processo legislativo, ainda que a futura norma pudesse ser inconstitucional.

Por fim, o Min. Joaquim Barbosa também seguiu a divergência, destacando a inexistência de prejuízo aos grupos parlamentares que tiveram que aguardar a promulgação para propor ação direta de inconstitucionalidade, a retratar a excepcionalidade do controle prévio do processo legislativo pelo STF.

O placar de 7 votos pela denegação da ordem do mandado de segurança e 2 pela concessão referendam o cenário de que a Corte é deferente ao processo político, ao menos durante o período correspondente à tramitação. Isso porque, posteriormente, após a Lei nº 12.785/13 ter sido promulgada, um dos partidos que sofreriam com tal diploma – Solidariedade – ingressou com ação direta de inconstitucionalidade[239]. E essa "segunda" judicialização acabou por ser exitosa, visto que a Lei foi julgada inconstitucional.

Curiosamente, Paulo Pereira da Silva, um dos fundadores do Solidariedade, era filiado ao PDT e havia sido eleito Deputado Federal por São Paulo na legislatura de 2010-2014. Esse partido integrou a base governista no primeiro mandato da Presidente Dilma, todavia, Solidariedade integrou a aliança eleitoral com os partidos de oposição ao governo e foi uma das principais forças oposicionistas no segundo mandato, tendo inclusive votado a favor da admissibilidade do *Impeachment*. Assim, pode-se interpretar que a "segunda" judicialização foi um tipo de estratégia da então minoria parlamentar.

O voto vencedor, proferido pelo Min. Luiz Fux, apresentou inúmeras considerações sobre a própria legitimidade do STF intervir no caso, tendo se escorado na teoria dos diálogos institucionais e a falta de justificativa legislativa adequada que pudesse reverter o cenário

[239] ADI nº 5.105, Min. Luiz Fux, julgado em 01 de outubro de 2015, DJe em 15 de março de 2016.

anterior sedimentado pela ADI nº 4.430. Além desses tópicos, o debate também trouxe aspectos relativos ao pluripartidarismo e o respeito à jurisprudência da Corte em temas análogos.

Ainda que o placar pela procedência tenha sido apertado (6x5), tem-se que a estratégia da judicialização se revelou exitosa tanto no primeiro momento, quando do sobrestamento da tramitação na decisão monocrática do MS nº 32.033 pelo Min. Gilmar Mendes, quanto na decisão final da ADI nº 4.430. Além disso, por mais que não seja um exemplo de delegação do Poder Legislativo para o Judiciário, pode-se interpretar que esse tema é divisivo e acaba por corroborar a sub-hipótese A, já que ocorreram duas judicializações sobre o mesmo tema e três decisões, as quais duas foram favoráveis à minoria parlamentar.

4.1.2 Sobre a judicialização da partilha dos *royalties* (Ag. R. em MC de MS nº 31.816)

A judicialização aqui ocorreu na fase final da tramitação do marco regulatório da partilha dos *royalties*, já na fase de aposição do veto parcial nº 38/2012 pela Presidente da República ao PL nº 2.565/2011. O objetivo era que tal veto só fosse apreciado pelo Congresso Nacional tão somente após a votação dos mais de três mil vetos sobre proposições distintas que se encontravam pendentes.

O mandado de segurança foi originariamente impetrado pelo Dep. Alessandro Molon (PT-RJ), logo, pela minoria parlamentar relativa ao processo legislativo em trâmite como se debateu no capítulo anterior, e a liminar para o sobrestamento do processo legislativo foi deferido liminarmente em decisão monocrática proferida em 17/12/2012 pelo Min. Luiz Fux.

A fim de derrubar tal decisão, a Mesa do Congresso Nacional interpôs agravo regimental como forma de levar ao Plenário, o que foi atingido por meio da maioria dos votos da Corte. Vamos a análise deles.

O Min. Luiz Fux, na esteira do que havia decidido na decisão monocrática, manteve-se irresoluto para a manutenção da liminar, de modo que o Congresso Nacional observasse a ordem cronológica dos vetos. Para tanto, invocou razões ligadas à textualidade do art. 66, §§4º e 6º[240] sobre a necessidade de apreciação do veto em 30 dias, sob pena de sobrestamento da

[240] Art. 66. [...]

pauta legislativa. Além disso, reforçou o aspecto numérico da quantidade de votos que se encontram em inércia deliberativa. Por fim, discorreu sobre o pedido da Advocacia-Geral da União (AGU), que desejava que os vetos presidenciais já apostos não apreciados fossem mantidos, também resgatando considerações sobre a inexistência de sobreposição das instituições.

Durante o esclarecimento dos votos, o Min. Fux voltou a tecer considerações sobre o papel contramajoritário do Judiciário e o dever de proteção das minorias, notadamente acerca do papel de sindicabilidade das normas regimentais do Congresso.

A divergência foi inaugurada pelo Min. Teori Zavascki, ainda que ele tivesse reconhecido violação às normas constitucionais atinentes ao prazo de deliberação dos vetos presidenciais, de modo a prover o agravo regimental para fins de cassação da liminar concedida. Os fundamentos que embasaram o voto passaram por questões procedimentais, tais como a inexistência de verossimilhança para a concessão da liminar, que revisou a jurisprudência da Corte sobre questões *interna corporis*, e o descompasso entre o provimento liminar e a sua alta probabilidade de ser confirmada na sentença. Assim, tentou resgatar argumentos do julgamento da ADI 4.029/DF[241] sobre a inobservância do processo legislativo das medidas provisórias, para que o provimento somente tivesse eficácia *ex nunc*. E, com isso, demonstrou também o não cabimento do *writ* para fins de controle preventivo de constitucionalidade.

Min. Rosa Weber acompanhou a divergência, sem tecer novos fundamentos ao voto do Min. Teori.

---

§1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.
[...]
§4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.
[...]
§6º - Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no §4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

[241] ADI nº 4.029, Min. Relator Luiz Fux, julgado em 08 de março de 2012, DJe em 26 de junho de 2012. Tratou-se da análise de inconstitucionalidade da Lei Federal nº 11.516/07, sobre a criação do Instituto Chico Mendes (ICMBio), visto que a medida provisória que o veiculou não seguia o rito legislativo constitucionalmente prescrito.

Em igual sentido, o Min. Dias Toffoli acompanhou a divergência, porém, tentou reforçar que o art. 66, §6º da Constituição não prescreve a ordem cronológica de apreciação de vetos pretendida pelo impetrante e concedida em liminar.

Min. Carmen Lúcia acompanhou a divergência, também trazendo considerações sobre a nocividade do cenário legislativo apontado no mandado de segurança, porém dando provimento ao agravo regimental.

Min. Lewandowski acompanhou a divergência e também perfilou do ceticismo do Min. Dias Toffoli para não verificar a interpretação a partir do texto constitucional da necessidade de observância cronológica para a deliberação do veto, sem que isso importasse em subtração do poder de agenda, além de tecer considerações sobre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* subjacentes ao caso.

Min. Gilmar Mendes também acompanhou a divergência, sem lançar maiores considerações.

Min. Marco Aurélio acompanhou o Relator, trazendo aspectos históricos relativos à deliberação do veto nas Constituições anteriores, além de trazer considerações sobre direitos da minoria e agenda legislativa.

E, por fim, o Min. Joaquim Barbosa também acompanhou o Relator, sem maiores considerações em seu voto. Junto com o Relator, o Min. Marco Aurélio e o Min. Celso de Mello, cujo voto não foi disponibilizado, formaram a minoria do caso.

Durante a tramitação processual do mandado de segurança esse julgamento foi o mais importante, visto que foi extinto sem resolução de mérito, ante a perda de objeto, já que a proposição legislativa foi convertida em lei. No entanto, a judicialização chegou a sua segunda fase, uma vez que houve ADI[242] sobre os artigos da Lei nº 12.351/2010, ajuizada, por sua vez, pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro.

Novamente, percebe-se que o Judiciário acaba por ser deferente ao jogo político. Diferente do tema anterior, a partilha dos *royalties* acaba por ser um tema menos divisivo, mas põe em xeque

[242] ADI nº 4.917, Min. Relatora Carmen Lúcia, ainda com julgamento pendente.

limites do pacto federativo e torna ainda mais evidente como as minorias parlamentares também podem ser tidas como circunstanciais, a depender da agenda legislativa.

4.2 Análise das Decisões Monocráticas

As decisões monocráticas também se revestem de elevada importância para o percurso que tem sido feito nesse capítulo. Conforme exposto na seção anterior, a primeira decisão dentro da primeira fase da judicialização do processo legislativo se dá, via de regra, com a decisão monocrática do Relator designado para o julgamento, nas hipóteses de pedido de liminar e no juízo de prelibação.

Naturalmente, o quantitativo para análise a partir dos indexadores acaba por ser bastante superior ao universo dos acórdãos. Das 284 decisões monocráticas catalogadas pela Seção de Pesquisa de Jurisprudência do STF, 129 estão alinhadas ao recorte do trabalho, qual seja a judicialização do processo legislativo de criação normativa. Algumas aparecem mais de uma vez nessa listagem, geralmente com relação à decisão da liminar e, posteriormente, com a tutela pretendida pelo mandado de segurança. Todas já fazem parte do atual marco constitucional (pós-88).

Diante da quantidade, a tabela informativa com os dados é um pouco diferente daquela da seção anterior sobre os acórdãos.

Legislatura	**Total**	**Minoria**	**Êxito**	***Int. Cor.***	**Perda Obje.**	**Legiti.**
2016-2017[243]	41[244]	23	4[245]	6	16	2[246]
2015-2016	15[247]	4	1[248]	1	2	2

[243] Com o *impeachment*, opta-se por dividir a presente legislatura em dois momentos, já que a coalizão governista se modificou sensivelmente com o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff. Toma-se como o marco temporal da mudança a admissibilidade pelo Senado desse processo, em 12 de maio de 2016. Logo, as decisões que foram posteriores a esse momento foram contabilizadas nesse período.

[244] Desse número e que não constam nos demais tópicos da tabela: ausência de pressupostos (5); apenas indeferimento da liminar (8)

[245] Desses 4, 3 foram decorrentes da impetração pela minoria parlamentar. O MS nº 34.562 foi duplamente favorável, já que a decisão liminar concedida pelo Min. Luís Roberto Barroso foi mantida e confirmada pelo Min. Alexandre de Moraes. Contabilizou-se, contudo, um único caso de êxito.

[246] Os dois casos de ilegitimidade ativa não foram impetrados por parlamentares.

[247] Do total, os que não se encaixam na tabela: ausência de pressuposto, sobretudo pela impossibilidade de o MS se valer como controle preventivo de constitucionalidade (6); apenas razões de indeferimento da liminar (3).

[248] O caso exitoso corresponde a um dos 4 veiculados por minoria.

2011-2014	31[249]	16	2[250]	5	13	4[251]
2007-2010	9[252]	9	0	1	3	1[253]
2003-2006	18[254]	8	0	0	6	4[255]
1999-2002	12	7	0	1	7	4[256]
1995-1998	2[257]	2	0	0	1	0
1991-1994[258]	1	0	0	0	0	1[259]
Período	129	69	7	14	48	18

As seguintes conclusões podem ser extraídas da tabela acima:

1) A presente legislatura e a anterior denotam um aumento considerável da judicialização do processo legislativo, ainda que se considere o *shift* na coalizão governista durante a atual legislatura em decorrência do *impeachment*. Somente durante o Governo Temer (2016-), o número de decisões monocráticas publicadas já supera qualquer outra legislatura desde 1988 e leva a crer que esse número será ainda maior ao final do mandato, visto que ainda há um ano de governo.

2) Nesse mesmo sentido, as minorias parlamentares, especialmente a minoria que se enquadrava como oposição, foram responsáveis por ajuizar 23 das 41 decisões publicadas. Esse índice (56%) é um pouco superior ao da legislatura anterior (51% - 16 de 31 decisões). Nesse período, 8 dos 16 mandados de segurança foram impetrados pela minoria circunstancial – parlamentares da bancada do Espírito Santo ou Rio de Janeiro – com a intenção de interromper a tramitação dos *royalties*. Na atual legislatura, a minoria parlamentar se identifica, sobretudo, com a oposição.

[249] Do total e que não está presenta na tabela: ausência de pressupostos (2); apenas indeferimento da liminar (4); extinção por litispendência (1).
[250] Os dois casos exitosos foram formulados pela minoria.
[251] 1 dos 4 de ilegitimidade ativa não teve MS impetrado por parlamentar.
[252] Do total, 3 não atenderam aos pressupostos e 1 apenas versou sobre o indeferimento da liminar.
[253] Não foi impetrado por parlamentar.
[254] Desses, 4 não atenderam aos pressupostos do mandado de segurança e 4 sobre indeferimento da liminar apenas.
[255] Nenhum MS indeferido por esse fundamento foi impetrado por parlamentar.
[256] 3 dos 4 indeferimentos não tiveram MS impetrados por parlamentar.
[257] 1 dos indeferimentos foi tão somente com relação à liminar.
[258] A primeira decisão catalogada foi o MS nº 21.552, Min. Relator Carlos Velloso, julgado em 20 de agosto de 1992, DJe em 10 de setembro de 1992.
[259] Também não foi impetrado por parlamentar.

3) A hipótese de que a judicialização do processo legislativo se encontra dentre o rol de possibilidades estratégicas das minorias parlamentares é evidente desde o primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso. E se se interpretar a atual legislatura em sua integralidade, desconsiderando o *shift* que se sucedeu ao *impeachment*, o número saltou de 2 mandados de segurança entre 1995 a 1998 para 27 de 2015 a 2017, com o crescimento em todos os períodos.

4) Apesar de se revelar como uma hipótese de ação das minorias parlamentares, esse agir estratégico não é exclusivo desse grupo ou de parlamentares que se encontrem nesse grupo. Isso porque a legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança como forma de assegurar o devido processo legislativo é extensível a todo parlamentar. Assim, não é raro encontrar que o *writ* se encontre muito mais alinhado a preferências individuais do Deputado ou Senador do que propriamente se revele como ação coletiva situada em um *label* partidário ou do grupo que se alinhe em torno de determinado tema. Das 7 decisões monocráticas que foram favoráveis (ainda que somente em sede liminar, posteriormente derrubada), 6 advieram de uma judicialização pela minoria. Todavia, 60 das 129 decisões publicadas decorreram dessas preferências pessoais ou até mesmo de grupos não parlamentares.

5) Ainda sobre a conexão entre judicialização e estratégia das minorias parlamentares, das 18 decisões extintas pela ilegitimidade ativa, 12 tiveram mandado de segurança impetrados por não parlamentares. Optou-se por não fazer a depuração desses casos, pois houve interposição de mandado de segurança por não parlamentar que visasse a judicialização do processo legislativo e que não incorreu na ilegitimidade ativa[260].

6) Sobre os fundamentos da Corte, admite-se que a verificação empírica pode ter sido enviesada, já que há temas que deveriam ser extintos apenas com base no fundamento "carência de ação", seja pela ilegitimidade ativa, seja pela inadequação da via eleita. Além disso, também poderia ter sido catalogado dentro de um mesmo eixo o não atendimento aos pressupostos do mandado de segurança (direito líquido e certo) ou para a concessão da liminar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), talvez sob a rubrica "aspectos processuais". Contudo, os próprios

[260] Por exemplo, MS nº 33.797, Min. Relator Edson Fachin, julgado em 30 de maio de 2016, DJe em 01 de junho de 2016, extinto por perda de objeto; MS nº 33.694, Min. Relatora Carmen Lúcia, julgado em 06 de agosto de 2015, DJe em 13 de agosto de 2015, extinto por carência de ação em razão da inadequação da via eleita; MS nº 33.490 MC, Min. Relatora Rosa Weber, julgado em 11 de março de 2015, DJe em 16 de março de 2015, teve a liminar indeferida por inexistência do *periculum in mora*.

julgadores se valem desses argumentos distintos, razão pela qual se optou por separar os fundamentos tal como acima: perda de objeto, ilegitimidade ativa, pressupostos do mandado de segurança e pressupostos da liminar, esses dois últimos indicados na nota de rodapé ao lado do total de decisões publicadas em cada período.

7) De todo modo, o ponto de maior relevo na avaliação das evidências empíricas acaba por ser a performance do STF dentro do contexto da judicialização do processo legislativo. O agir estratégico da Corte (ou dos ministros, por se tratar de decisões monocráticas) acaba por ser evidente e corrobora as premissas apontadas no capítulo 2. Dos 129 casos judicializados, 48 foram extintos por perda de objeto (37%). Em outras palavras, a Corte optou em T1 ser deferente ao jogo político, já que preferiu não-decidir no processo legislativo. Ainda que em T2 o STF atue, por meio dos instrumentos de controle concentrado, durante a tramitação sua estratégia é de não intervir, daí a grande frequência da perda de objeto.

8) Curiosamente, a quantidade de decisões que se baseiam na *questão interna corporis* também possui uma dimensão estratégica. Tendo em vista que apenas 14 das 129 decisões perfilaram esse fundamento (pouco mais de 10%), a Corte opta pela não-decisão (perda de objeto, 37%) ou até mesmo pela inaplicabilidade dos pressupostos do mandado de segurança (agregando-se o mérito e a liminar, o número alcança (42 de 129, ou seja, 32%) com o objetivo de não deixar o processo legislativo fora de abrangência da sindicabilidade judicial. Nesse sentido, caso as três condições que se transcreveram no capítulo 2 como necessárias ao ativismo judicial – contexto político favorável, arranjo institucional e estratégia – a baixa ocorrência do *interna corporis* acaba por ser um agir estratégico para aumentar sua esfera de atuação (segundo e terceiro pressupostos).

9) Ainda dentro do agir estratégico, a baixa taxa de êxito (5%) dos mandados de segurança revela, assim como se apontou na seção anterior quando se debateram os acórdãos, a deferência do Judiciário à coalizão governista. Contudo, a hipótese B e a sub-hipótese B são inconclusivas tomando por base os dados apresentados.

4.3 Por que ainda optar pela judicialização do processo legislativo?

As seções anteriores foram conclusivas com relação a dois pontos. A judicialização do processo legislativo é uma estratégia que as minorias parlamentares se valem com certa frequência, apesar de não ser *apenas* uma estratégia desse grupo. Porém, há um descompasso entre a taxa de crescimento dos casos judicializados e a taxa de crescimento de êxito: de todos os casos exitosos, foram 2 na última legislatura e 5 na atual, ao passo que foram impetrados 31 mandados de segurança naquela e 56 nessa com tal propósito.

Esse descompasso lança a seguinte pergunta: **se a judicialização é uma estratégia inefetiva, por quais motivos os parlamentares ainda optam por ela?**

Três motivos foram apontados no capítulo anterior: i) dimensão temporal, como forma de obstaculizar a tramitação; ii) aspecto midiático em torno do tema judicializado; iii) e sinalização das preferências do STF. Desses, apenas o "ii" e "iii" são verificados.

A dimensão temporal não se revela como uma razão pertinente, tendo em vista a pequena taxa de êxito e a opção pela Corte ser deferente ao processo legislativo. Assim, é verdadeiramente raro o processo legislativo ser obstaculizado com base em uma decisão judicial.

O aspecto midiático e a sinalização de preferências são razões válidas para interpretar o fenômeno de crescimento da judicialização. O primeiro acaba por ser uma decorrência do próprio protagonismo do Judiciário, que acaba por canalizar diversas situações em sua agenda. A segunda, por sua vez, também se revela problemática.

A sinalização de preferências do STF serviria para um possível T2, ou seja, seria uma espécie de termômetro para a hipótese de existir uma segunda judicialização, tal como ocorreu com a partilha dos *royalties* e a reforma partidária debatidas no capítulo anterior e no atual. Mas a análise dos fundamentos das decisões monocráticas denotam que a sinalização também não pode ser tido como uma razão preponderante. A grande quantidade de decisões extintas com base na "perda do objeto" é um indicador de que o STF opta por ser deferente **e não revelar suas preferências sucessivas**. Em outras palavras, esconde o jogo e não permite uma antecipação das minorias legislativas ou outros atores políticos sobre como agir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: CONSTITUIÇÃO, DIREITO CONSTITUCIONAL E CRISES

Tempos difíceis. Descrença, desilusão e desalento têm sido os principais sentimentos vivenciados pela população brasileira no período recente. As notícias boas são tão efêmeras que passam habitualmente desapercebidas no noticiário. As manchetes estampam escândalos ligados a corrupção quase que diariamente.

Descrever uma cronologia dos fatos não é tarefa simples. Mas é possível ensaiar uma exposição em "três atos" de como "éramos" para o que "nos tornamos":

1) Meados de 2013: movimentos sociais eclodem por todo o Brasil. Espontaneidade, ausência de racionalidade e pluralidade de bandeiras são as principais características[261]. Dentre essas últimas, é possível apontar a luta pela redução das tarifas no transporte público, embrião das manifestações, até o combate à corrupção como as principais causas catalisadoras desse ciclo.

2) Início de 2015: a polarização das eleições presidenciais de 2014 chega às ruas. Diferente de 2013, há uma espécie de alinhamento em torno de manifestações contrárias a então Presidente Dilma Rousseff, que passam a contar com ampla adesão popular[262]. A concausa desse ciclo é a Operação Lava-Jato, desatada em 2014, que passou a refletir o principal *momentum* de combate a corrupção no Brasil, outra bandeira que compõe esse ciclo.

3) Meados de 2017: com a coalizão quebrada, o Partido dos Trabalhadores (PT) deixa o poder em 2016 após 14 anos à frente da Presidência da República. Se o *impeachment* de Dilma Rousseff seria a solução para todos os males, essa aposta se provou, no mínimo, ingênua. Seu sucessor e atual Presidente, Michel Temer, tem áudio divulgado pelo Supremo Tribunal Federal

[261] "[...] Uma coalizão a congregar militantes do Movimento Passe Livre (MPL); jovens e não tão jovens radicais de esquerda, filiados a partidos como PSOL e PSTU; ativistas de causas sociais as mais diversas (Índios, GLS, Negros, etc.); segmentos das classes alta e média alta e da nova classe média; órfãos de alternativas partidárias consistentes à direita do espectro político; anarquistas e ativistas conectados a movimentos internacionais de protesto; além de neonazistas e fascistas assumidos, adeptos da violência e da intolerância como meios legítimos de manifestação e expressão de preferências e valores. [...]" SANTOS, Fabiano. Primavera Brasileira ou Outono Democrático. **Insight Inteligência**, n. 62, pp. 33-38. p. 35. Cf. MOVIMENTO PASSE LIVRE. Não começou em Salvador, não vai terminar em São Paulo. In: MARICATO, Ermínia *et al*. **Cidades Rebeldes**: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo e Carta Maior, 2013 (versão *eBook*).

[262] Cf. GOHN, Maria da Glória Marcondes. Manifestações de protesto nas ruas no Brasil a partir de junho de 2013: novíssimos sujeitos em cena. **Revista Diálogo Educacional**. v. 16, n. 47, jan/abr 2016, pp. 125-147.

(STF) em maio de 2017, gravado pelo seu interlocutor, Joesley Batista, empresário responsável pela JBS[263]. Provavelmente, trata-se do ápice da crise política, já que se está diante de indícios fortíssimos de que tenha havido a prática de corrupção passiva pelo atual Presidente[264]. No entanto, as duas denúncias que foram formuladas contra Temer foram rejeitadas pela Câmara dos Deputados[265].

Ainda em maio de 2017, o Senador Aécio Neves, do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), que fora derrotado nas eleições presidenciais de 2014, foi afastado de seu mandato por decisão monocrática do Ministro Edson Fachin, também decorrente da divulgação de áudio com o empresário[266].

Do êxtase de 2013 à ressaca moral de 2017. Os escândalos parecem inesgotáveis e a crise, sem precedentes, interminável. Análises sólidas sobre os "três atos" acima sintetizados é tarefa cruel, pois são acontecimentos recentes e não se tem a exata dimensão do que será daqui para frente. A convicção, em meio ao caos e ao ceticismo, é de que a história passa diante dos nossos olhos.

Na esteira das faltas de convicções, o que será da Constituição, do direito constitucional e das instituições compõem a pauta do dia.

Tão desafiador quanto ser cidadão brasileiro nesses dias sombrios, está a condição de pesquisador. Principalmente, pesquisador na área de direito constitucional. A Constituição,

---

[263] http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1885414-leia-na-integra-a-conversa-entre-o-presidente-temer-e-joesley-batista.shtml. Acesso em 28 mai 2017.; https://www.cartacapital.com.br/politica/o-audio-entre-michel-temer-e-joesley-batista-em-quatro-pontos. Acesso em 28 mai 2017.

[264] Houve a análise da admissibilidade da denúncia formulada pela Procuradoria-Geral da República contra o Presidente na Câmara dos Deputados. Porém, não se alcançou o quórum de 2/3 para tanto – 263 votaram pelo recebimento da denúncia. Cf: http://www.conjur.com.br/2017-ago-02/camara-rejeita-denuncia-michel-temer-corrupcao. Acesso em 03 set 2017.

[265] http://especiais.g1.globo.com/politica/2017/votacao-da-segunda-denuncia-contra-temer-na-camara/. Acesso em 15 jan 2018. http://infograficos.estadao.com.br/especiais/placar/votacao/politica/?id=s1XY00GWL2. Acesso em 15 jan 2018.

[266] http://g1.globo.com/politica/noticia/audio-aecio-e-joesley-batista-acertam-pagamento-de-r-2-milhoes.ghtml. Acesso em 28 mai 2017.; http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1885327-supremo-divulga-conversa-entre-aecio-e-joesley-batista-leia-transcricao.shtml. Acesso em 28 mai 2017.; http://g1.globo.com/politica/noticia/fachin-manda-afastar-aecio-neves-do-mandato-de-senador.ghtml. Acesso em 28 mai 2017.

Posteriormente, a decisão foi reconsiderada pelo Min. Marco Aurélio, o que permitiu que o Senador voltasse ao desempenho de suas funções. Cf. 3º Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 4.327, Min. Relator Marco Aurélio, julgado em 30 de junho de 2017.

habituada com uma centena de remendos, hoje tenta sobreviver em meio à crise. Ou melhor, tenta demonstrar sua altivez perante a crise.

O direito constitucional também é posto à prova, uma vez que os paradigmas e as construções teóricas tradicionais parecem não dar conta de explicar a realidade em que se assentam. Tome-se como exemplo hipotético, porém não esdrúxulo, tampouco improvável, de uma renúncia do Presidente Michel Temer em 2017-2018. À luz do marco constitucional, a aplicação do art. 81, §1º, da Constituição[267] pareceria óbvia para o caso, tendo como consequência para o caso as eleições indiretas para a presidência da República.

No entanto, não há uma legislação específica que discipline as eleições indiretas, o que lançaria várias correntes a respeito do tema sobre o direito procedimental para tal finalidade. Além disso, será que a aplicação silogística dessa regra seria a melhor forma de interpretar a Constituição, tomando por base a conjuntura, ou melhor, a realidade pela qual a Constituição se escora[268]? Será que o art. 1º, parágrafo único, que informa sobra a pertença do poder ao povo, se caracteriza como um *topoi* no desenvolvimento argumentativo do caso[269]? Estaria "fora" do texto constitucional qualquer possibilidade de antecipação das eleições presidenciais de 2018?

As respostas para as perguntas lançadas acima recusam obviedades. E as perguntas sublinham a importância do papel desempenhado pelo direito constitucional no desenvolvimento do diagnóstico do que se passa e, sobretudo, dos prognósticos de como será o "amanhã".

---

[267] Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.
§1º - Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei. [...]

[268] De acordo com Friedrich Müller, a norma jurídica não se esgota no texto normativo, sendo que esse deve ser avaliado de modo conjunto com sua realidade subjacente. Aquele consiste no *programa normativo*, ao passo que esse é o âmbito normativo. Transpondo essas lições para o direito constitucional, a conclusão é que a Constituição é norma jurídica e, por isso, deve ser interpretada/aplicada/concretizada tomando por base os fatores da realidade em que se assenta. Por isso de se questionar se a aplicação silogística seria o melhor caminho, mesmo diante do cenário de crise. MULLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4ª edição. São Paulo: RT, 2010.; MULLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2.ed. v. 1. São Paulo: RT, 2009. MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009.

[269] Mais uma vez, há o questionamento sobre a aplicação silogística da regra das eleições indiretas, agora no cotejo com outra previsão textual da Constituição. "A tópica é uma técnica de pensar por problemas desenvolvida a partir da retórica. Ela apresenta uma estrutura espiritual que inclusive em suas particularidades se distingue claramente de uma estrutura dedutivo-sistemática" VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução e Revisão Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2008.

O que será das instituições e como elas se portam no cenário de crises também significam pontos nebulosos. Diferente de outros períodos políticos conturbados, o desenho institucional da Constituição passou a contemplar múltiplos atores de relevo para além dos já tradicionais Três Poderes, notadamente o Ministério Público, a Polícia Federal e as Agências Reguladoras[270].

Ainda sobre as instituições, o crescente protagonismo do Poder Judiciário, fruto do amplíssimo rol de direitos fundamentais[271], do entrincheiramento de valores[272] (pré-compromisso moral) e de uma maior sofisticação no processo constitucional[273], representa outro fator que também merece uma reflexão mais apurada. É completamente pertinente avaliar como os juízes devem (e irão) se portar em momentos de crise. E, também, por que não avaliar qual a contribuição desse ator para o cenário desenhado?

A contextualização da pesquisa acaba por ser relevante por dois motivos. O primeiro é demonstrar as dificuldades e o emaranhado de perguntas, por vezes sem resposta, que estão subjacentes a análises, comparações, reflexões e métodos. O segundo, por sua vez, tenta demonstrar a relevância do pesquisador em tempos difíceis.

Essa é a hora de uma academia pujante, sóbria, apta a compreender o que se passa e oferecer razões pertinentes de como será (e deve ser) o porvir. Sobretudo a jurídica, que não pode se caracterizar como um universo paralelo, a assistir atônita e bestializada um Brasil (e mundo) revirado[274].

---

[270] Sobre como o desenho institucional "desenhado" por Montesquieu não se adequa à conjuntura atual, visto que outros tantos atores passaram a se tornar prevalentes nesse cenário, Cf. ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, 2000, pp. 633-728.; [270] ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**. v. 265, jan/abr 2014, pp. 13-23; SAMPAIO, Marco Aurélio. **A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 110.; SAMPAIO, Marco Aurélio. Medida Provisória, Diálogo Constitucional e a Falácia de Usurpação de Poderes Legislativos pelo Executivo. **Revista de Direito do Estado**. Ano I, n. 4, Rio de Janeiro, out/dez 2006. pp. 107-139.

[271] MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 172 e seguintes.

[272] NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven, London: Yale University Press, 1996. p. 117.; ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009. p. 119-121.; ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**. Cambridge University Press, 1984. p. 22.

[273] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 331 e ss.; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal** – Jurisprudência Política. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 228.

[274] Sobre o choque de realidade que carece o direito e formação dos juristas aptos a contestarem a realidade que habitam, Cf. MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino Jurídico e Mudança Social**. 2ª ed. São Paulo: Expressão

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. **DADOS: Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 31, n.1, 1988. p. 5-34.

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**. v. 265, jan/abr 2014, pp. 13-23.

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o Povo Soberano**: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, 2000, pp. 633-728.;

ALDRICH, John H.; ROHDE, David W. The transition to Republican rule in the House: Implications for theories of congressional politics. **Political Science Quaterly**. v. 112, n. 4, 1997-1998. pp. 541-567.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending a judicial supremacy: a reply. **Constitutional Commentary**. v. 17, n. 45, 2000. p. 455-482.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. **Harvard Law Review**. v. 110, n. 7, 1997. p. 1359-1387.

AMORIM NETO, Octavio; COX, Gary W.; MCCUBINS, Mathew D. Agenda power in Brazil's Câmara dos Deputados, 1989-98. **World Politics**. n. 55, 2003. pp. 550-578.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARNUM, David. The Supreme Court and Public Opinion: judicial decision making in the Post-New Deal Period. **The Journal of Politics**. v. 47, n. 2, jun 1985. pp. 652-666.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e a Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito UERJ**. v. 2, n. 21, jan/jun 2012. p. 1-50.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Popular, 2009. 286p. p. 213 e ss.; FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 2002. 92p (digitalizado).

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**. v. 71, n. 3. 2006. pp. 1109-1180.

BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo Político:** Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Trad. Jorge Urdanóz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

BERGARA, Mario; RICHMAN, Barak; SPILLER, Pablo T. Modeling Supreme Court Strategic Decision Making: The Congressional Constraint. **Legislative Studies Quarterly**. XXVIII, n. 2. May 2003. pp. 247-280.

BERLIN, Isaiah. **Liberty**: Incorporating four essays on liberty. Oxford (RU): Oxford University Press, 2002.

BEZERRA, Gabriella M. L. A oposição no presidencialismo brasileiro: padrões institucionais e práticas políticas. In: **IX Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**. 2014. pp. 1-21.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the Bar of Politics. New Heaven (EUA) e London (RU): Yale University Press, 1986.

BOITO JÚNIOR, Armando; BERRINGER, Tatiana. Brasil: classes sociais, neodesenvolvimentismo e política externa nos governos Lula e Dilma. **Revista de Sociologia e Política**. v. 21, nº 47, set/2013. p. 31-38.

BOIX, Carles. **Political order and inequality**: their foundations and their consequences for human welfare. Cambridge (RU): Cambridge University Press, 2015.

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

BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do STF. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, v. 07, n. 13. 2016. pp. 346-388.

CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The etiology of public support for the Supreme Court. **American Journal of Political Science**. v. 36, issue 3 , aug. 1992. pp. 635-664.

CALVO, Ernesto; GUARNIERI, Fernando; LIMONGI, Fernando. Why Coalitions? Party system fragmentation, small party bias, and preferential vote in Brazil. **Electoral Studies**. v. 39, 2015. pp. 219-225.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASSEB, Paulo Adib. **Processo Legislativo**: atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: RT, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, António. Direito hoje e com que sentido?. In:_____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, v. III, 2008, pp. 43-72.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislado", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In._____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. III. Coimbra (PT): Coimbra Editora, 2008. pp. 161-198.

CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

COMELLA, Victor Ferreres. The consequences of centralizing constitutional review in a special court. Some thoughts on judicial activism. **Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política Papers**. Paper 39. pp. 1-30.

CONSTANT, Benjamim. **Liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Disponível em < http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em 20 nov 2017.

COSTA, Sérgio. **Dois Atlânticos**: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

COURA, Alexandre de Castro. AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Diversidade sexual e (re)construção da identidade constitucional brasileira: reflexões acerca da igualdade jurídica à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2009. pp. 345-370.

CUNHA, Luciana Gross (Coord.). **Relatório ICJBrasil**, 1º Semestre/2016. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo/Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: < http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/10/Relatorio_ICJ_1SEM2016_v3_Rev.pdf>. Acesso em 21 de out 2017.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert. Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law**. v. 6, 1957. pp. 279-295.

DIERMEIER, Daniel; KREHBIEL, Keith. Institutionalism as a methodology. **Journal of Theoretical Politics**. n. 15, v. 2, pp. 123-144.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **I-CON**. v. 5, n.3, 2007. p. 391-418.

DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference. Osgoode Hall Law Journal. v. 47, 2009. p. 235-286.

DONNELLY, Tom. Making popular constitutionalism work. **Wisconsin Law Review**. 2012. pp. 159-194.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002..

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra (PT): Almedina, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: A Leitura Moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EISGRUBER, Christopher. **Constitutional Self-Government**. Cambridge/MA (EUA), London (RU): Harvard University Press, 2001.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009.

ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**. Cambridge University Press, 1984.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. Rev. Técnica Alonso Reis Freire. Rev. e Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da. É possível falar em teoria normativa dialógica no Brasil? **Revista Estudos Institucionais**. v. 2, n. 2. 2016. pp. 974-1006.

ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. **Processo Legislativo no Brasil**: práticas e parâmetros. 2017. 266f. Dissertação (Mestrado em Direiyo). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Argelina. Government Coalitions in Brazilian Democracy. **Brazilian Political Science Review**. v. 1, n. 2. 2007. pp. 182-216.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional**. 2ª edição. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Poder de agenda na democracia brasileira: desempenho do governo no presidencialismo pluripartidário. In. SOARES, Gláucio Ary Dillon; RENNÓ, Lúcio (ORG) **Reforma Política**: lições da história recente. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. pp. 248-280.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: Interpretation as Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FONSECA, Edson Pires da. **Direito Constitucional Legislativo**: poder legislativo, direito parlamentar e processo legislativo. 3. ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 2002. 92p (digitalizado).

FREITAS, Andréa Marcondes de. **O presidencialismo da coalizão**. 2013. 168f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de São Paulo. 2013.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**. v. 91, february 1993. pp. 577-682.

FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. **Michigan Law Review**. v. 101, march 2004. pp. 2595-2632.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**. v. 84, n. 2, December 2005. pp. 257-337.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2001.

GARDBAUM, Stephen. Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism. **ICON**. v. 8, n. 2, 2010. pp. 167-206.

GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.; BAIRD, Vanessa A. On the legitimacy of National High Courts. **The American Political Science Review**. v. 92, n. 2, jun/1998. pp. 343-358.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review. **30 Journal of Law, Economics and Organization**. 587, 2014. p. 1-50.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. Manifestações de protesto nas ruas no Brasil a partir de junho de 2013: novíssimos sujeitos em cena. **Revista Diálogo Educacional**. v. 16, n. 47, jan/abr 2016, pp. 125-147.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de Direito do Estado**. n. 4, jul/set 2006. pp.4-22.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**: sobre el derecho y e Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta. 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 4ª edição. Madrid (ESP): Editorial Trotta, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HIRSCHL, Ran. The political origins of judicial empowerement through constitutionalization: lessons from four constitutional revolutions. **Law and Social Inquiry**. 2000. p. 91-149.

HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**.v. 11: issue 1, Article 4. p. 71-108.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge/MA (EUA): Harvard University Press, 2007.

HOGG, Peter; BUSHELL, Alisson. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the Chrter of Rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**. n. 1, v. 35, 1997. p. 75-124.

INÁCIO, Magna. Estrutura e funcionamento da Câmara dos Deputados. In. MELO, Carlos Ranulfo; ALCÁNTARA-SAEZ, Manuel (Org). **A Democracia Brasileira**: balanço e perspectivas para o Século XXI. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. pp. 199-235.

INÁCIO, Magna. Mudança procedimental, oposições e obstrução na Câmara dos Deputados. In. INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lúcio (Org). **Legislativo brasileiro em perspectiva comparada**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. Pp 353-379.

KLARMAN, Michael J. How *Brown* changed race relations: The backlash thesis. **The Journal of American History**. June 1994. pp. 81-118.

KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism. **California Law Review**. v. 92, n. 4, july 2004. pp. 959-1012.

KRAMER, Larry. **The People Themselves**: popular constitutionalism and judicial review. New York (EUA): Oxford University Press, 2004.

KUHN, Thomas S**. ¿Qué son las revoluciones científicas?** Barcelona (ESP), Buenos Aires (ARG) e Cidade do México (MEX): Paidós, 1989.

KUMM, Mathias. Democratic constitucionalism encounters international law: terms of engagement. In. CHOUDHRY, Sujit (Ed.) **The migration of constitutional ideas**. Cambridge (RU): Cambridge University Press, 2006. pp. 256-293.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil. **Novos Estudos CEBRAP**. n. 76, novembro 2006. pp. 17-41.

LIMONGI, Fernando. O novo institucionalismo e os estudos legislativos: a literatura norte-americana recente. **Boletim Informativo Bibliográfico**. n. 37, 1994. pp. 3-38.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Poder de agenda e políticas substantivas. In. INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lúcio (Org). **Legislativo brasileiro em perspectiva comparada**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. pp. 77-104.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino Jurídico e Mudança Social**. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito**: de Platão a Frederick Schauer. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

MARRAFON, Marco. Hiperindividualismo, crise da democracia e o papel da jurisdição constitucional em um mundo sem limites. In. SARMENTO, Daniel (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: GEN, 2015. pp. 115-132.

MARSHALL, T.; IGNAGNI, J. Supreme Court and public support for right claims**.** **Judicature**. v. 78, n. 3, nov.dec 1994.

MAYHEW, David R. **Congress**: The electoral connection. New Haven (EUA) e Londres (RU): Yale University Press, 1974.

MIGUEL, Luís Felipe. Representação Política em 3-D: elementos para uma teoria ampliada da representação política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 18, nº 51, 2003, pp. 123-140.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOLLER, Kai. **The global model of constitutional rights**. Oxford (RU): Oxford University Press, 2012.

MOREIRA, Nelson Camatta; ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da. A insurreição do "constitucionalismo político" sobre o "legal": por que o processo legislativo pátrio (ainda) é visto com desconfiança? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, ano 14, n. 19, jan/jul 2016. pp. 131-149.

MOVIMENTO PASSE LIVRE. Não começou em Salvador, não vai terminar em São Paulo. In: MARICATO, Ermínia *et al*. **Cidades Rebeldes**: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo e Carta Maior, 2013 (versão *eBook*).

MULLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4ª edição. São Paulo: RT, 2010.

MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009.

MULLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2.ed. v. 1. São Paulo: RT, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven, London: Yale University Press, 1996. p. 117.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Representação, crise e mal-estar institucional. **Revista Sociedade e Estado**. v. 29, nº 1, jan/abr 2014. pp. 91-111.

NORTH, Douglass C.; WEINGAST, Barry R. Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutional Governing Public Choice in Seventeenth-Century England. **Journal of Economic History**. v. 49, issue 4, dec. 1989. pp. 803-832.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J.; RENNÓ, Lucio. Under what conditions do Presidents resort to Decree power? Theory and evidence from the Brazilian case. **The Journal of Politics**. v. 67, n. 1, february 2005. pp. 178-200.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy. **California Law Review**. v. 92, 2004. pp. 1027-1044.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic constitutionalism and Backlash. **Faculty Scholarship Series**. Paper 169. 2007. pp. 373-433.

PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress**: the impact of judicial review in separated system. Durhan e London (RU): Duke University Press, 2004.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RAILE, Eric. D.; PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J. The Executive Toolbox: Building Legislative Support in a Multiparty Presidential Regime. **Political Research Quarterly**. v. 64, 2011. p. 323-334.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York (EUA): Columbia University Press, 2005.

RAWLS, John. The idea of public reason revisited. **The University of Chicago Law Review**. v. 64, n. 3, 1997. pp. 765-807.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. Trad. Rev. Álvaro de Vita. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIBEIRO, Pedro José Floriano. Dos sindicatos ao governo: a organização nacional do PT de 1980 a 2005. **Tese de Doutorado em Ciência Política – Universidade Federal de São Carlos (UFScar)**, 2008. 306f.

RICOUER, Paul. **Interpretação e ideologias**. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1990.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial**: judicial activism or democratic dialogue. Toronto (CAN): Irwin Law, 2001.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do Iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

SAGER, Lawrence. The domain of constitucional justice. In. ALEXANDER, Larry (Ed.) **Constitutionalism**: Philosophical Foundations. Cambridge (RU): Cambridge University Press, 1998. pp. 235-270.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais** Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, Marco Aurélio. **A medida provisória no presidencialismo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007

SAMPAIO, Marco Aurélio. Medida Provisória, Diálogo Constitucional e a Falácia de Usurpação de Poderes Legislativos pelo Executivo. **Revista de Direito do Estado**. Ano I, n. 4, Rio de Janeiro, out/dez 2006. pp. 107-139.

SANTOS, Fabiano. Primavera Brasileira ou Outono Democrático. **Insight Inteligência**, n. 62, pp. 33-38.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos**: a sociologia crítica do direito. São Paulo: Cortez, 2014.

SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão**. Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ, 2003.

SANTOS, Fabiano. Partidos e comissões no presidencialismo de coalizão. **DADOS**. v. 45, n. 2, 2002. pp. 237-264.

SANTOS, Fabiano; ALMEIDA, Acir. **Fundamentos informacionais do presidencialismo de coalizão**. Curitiba: Appris, 2011.

SARMENTO, Daneil; OSORIO, Aline. Eleições Dinheiro e Democracia: a ADI 4.650 e o modelo brasileiro de financiamento de campanhas eleitorais. **Direitos Fundamentais & Justiça**. v. 26, 2014. pp. 15-38.

SEGAL, Jeffrey A. Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts. **American Political Science Review**. v. 91, n. 1, March 1997. pp. 28-44.

SEGAL, Jeffrey A.; WESTERLAND, Chad; LINDQUIST, Stefanie A. Congress, the Supreme Courte, and Judicial Review: Testing a Constitutional Separation of Powers Model. **American Journal of Political Science**. v. 55, n. 1, January 2011. pp. 89-104.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision making in law and life. Kindle Edition. Oxford (RU): Claredon Press, 2002.

SILVA, Fábio Mariano Espíndola; CUNHA, Eleonora Schettini Martins. Process-tracing e a produção de inferência causal. **Teoria & Sociedade**. n. 22.2. jul/dez 2014. pp. 104-125.

SILVA, Virgílio Afonso da. How global is global constitutionalism?: Comments on Kai Möller's the global model of constitutional rights. **Jerusalem Review of Legal Studies**. v. 10, 2014. pp. 175-186.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** – Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STROM, Kaare. **Minority Government and Majority Rule**. Cambridge (RU): Cambridge University Press, 1990.

STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico. *In*: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 463-482.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. London (RU), Cambrigde (EUA): Harvard University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**. v. 101, August 2003. pp. 2781-2802.

TUSHNET, Mark. New forms of judicial review and the persistence of rights – and democracy-based worries. **Wake Forest Law Review**. v. 38, 2003. pp. 813-838.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton (NJ/EUA): Princenton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton (EUA) e Oxford (RU): Priceton University Press, 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução e Revisão Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal** – Jurisprudência Política. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York (EUA): Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. **Fordham Law Review**. v. 72, 2003. pp. 373-394.

WALDRON, Jeremy. Principles of Legislation. In: BAUMAN, Richard; KAHANA, Tsvi. (Ed) **The Least Examined Branch**: the role of Legislatures in the Constitutional State. Cambridge (RU): Cambridge University Press, 2006. pp. 15-32.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**. v. 115, n. 6, 2006. pp. 1346-1406.

WALDRON, Jeremy. The wisdom of the multitude: some reflections on Book 3, Chapter 11 of Aristotle's Politics. **Political Theory**. v. 23, n. 4, nov 1995. pp. 563-584

WALUCHOW, Wil J. **A Common Law Theory of Judicial Review**: The Living Tree. New York (EUA): Cambridge University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy. Legislating with integrity. **Fordham Law Review**. v. 72, 2003. pp. 373-394.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WHITTINGTON, Keith E. "Interpose your friendly hand": Political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. **American Political Science Review**. v. 99, n. 4, November 2005. pp. 583-596.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. Trad. José Carlos Bruni. In: Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980.