

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
Faculdade de Direito e Ciências do Estado  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Victor Bicalho Cruz Amaral Quirino

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ESTADO DE DIREITO: a gestão da pauta de  
julgamento em perspectiva**

Belo Horizonte  
2021

Victor Bicalho Cruz Amaral Quirino

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ESTADO DE DIREITO: a gestão da pauta de  
julgamento em perspectiva**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Lopes Decat

Belo Horizonte  
2021

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

|            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Q8s</p> | <p>Quirino, Victor Bicalho Cruz Amaral</p> <p>Supremo Tribunal Federal e estado de direito [manuscrito]: a gestão da pauta de julgamento em perspectiva / Victor Bicalho Cruz Amaral Quirino. - 2021.</p> <p>Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.</p> <p>1. Direito - Teses. 2. Julgamentos - Teses. 3. Estado de direito - Teses. 4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. I. Decat, Thiago Lopes. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.</p> <p>CDU: 347.991(81)</p> |
|------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|



FACULDADE DE DIREITO - UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA  
BEL. VICTOR BICALHO CRUZ AMARAL QUIRINO

Aos vinte dias do mês de agosto de 2021, às 14h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Thiago Lopes Decat (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (UFMG) e Prof. Dr. José Emílio Medauar Ommati (Universidade de Itaúna), para a defesa de Dissertação como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Bel. VICTOR BICALHO CRUZ AMARAL QUIRINO, matrícula nº 2019652581, intitulada: "SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ESTADO DE DIREITO: A GESTÃO DA PAUTA DE JULGAMENTO EM PERSPECTIVA". Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Encerradas as arguições, procedeu-se ao julgamento da banca, tendo-se verificado a seguinte nota (0 a 100) e conceito (aprovada/reprovada) atribuídos pela Banca:

Nota: 95 ..... Conceito: APROVADO .....

Nada mais havendo a tratar, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

**BANCA EXAMINADORA:**

Thiago Lopes  
Decat

Assinado de forma digital por  
Thiago Lopes Decat  
Dados: 2021.08.21 11:49:29 -03'00'

Prof. Dr. Thiago Lopes Decat (orientador do candidato/UFMG)

Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (UFMG)

Prof. Dr. José Emílio Medauar Ommati (Universidade de Itaúna)

- CIENTE: Victor Bicalho Cruz Amaral Quirino (Mestrando)

Aos meus avós, por todo o amor.

Em especial, à vovó Zélia, pela perspectiva interrompida dos abraços apertados que eu esperava receber depois desse período angustiante de isolamento social.

## **AGRADECIMENTOS**

Sou muito grato à Universidade Federal de Minas Gerais. À comunidade acadêmica, aos servidores e demais funcionários que são responsáveis por manter essa instituição pública funcionando com excelência. Também devo agradecimentos a todas as pessoas que contribuíram de alguma forma para essa pesquisa, dentro e fora da UFMG.

Agradeço, em especial, ao meu orientador, Prof. Dr. Thiago Decat, não só pela leitura cuidadosa do texto, mas por ter me acompanhado durante o período da pesquisa, por ter possibilitado o meu primeiro contato com a atividade docente e por ser uma inspiração intelectual desde os tempos da graduação.

Agradeço ao Prof. Dr. Thomas Bustamante pelas contribuições valiosas para a realização da pesquisa, seja pelos ensinamentos transmitidos em sala de aula, seja pelos apontamentos fundamentais na banca de qualificação. Também gostaria de agradecer ao Prof. Dr. Diego Werneck Arguelles por ter iluminado vários pontos da pesquisa quando da qualificação. Agradeço ao Prof. Dr. José Emílio Medauar Ommati pelos comentários e incentivos quando apresentei o esboço do projeto em evento realizado pela Associação Serras de Minas, e por aceitado o convite de integrar a banca de defesa. Agradeço, também, ao Prof. Dr. David Gomes pelas trocas construtivas durante a minha trajetória no Mestrado.

Sou grato aos amigos e amigas que sempre estiveram ao meu lado e, também, aos que tive a felicidade de encontrar na pós, e que tornaram essa caminhada mais leve. Agradeço ao Rafael Dilly Patrus por todo o incentivo e por estar sempre aberto ao diálogo com muita generosidade, aos queridos Almir Megali, Igor Viana, Emanuel Linhares, Juliana Senna e todos os outros e outras que caminharam e caminham junto.

Agradeço aos amigos e às amigas do Tribunal de Contas pelo incentivo diário e por acreditarem tanto em mim. Agradeço ao Prof. Dr. Eduardo Carone pelas interlocuções sempre edificantes e à Profa. Dra. Daniela Mello pelo apoio fundamental durante todo esse período.

Agradeço à toda minha família pelo apoio e pelo amor incomensuráveis. Esse texto nunca encontraria o papel sem vocês. Agradeço, principalmente, aos meus pais, Elke e Carlos Alberto. Obrigado por serem lar e amparo, por acreditarem nos meus sonhos, por sofrerem e comemorem juntos comigo cada etapa da vida. Também ao Bráulio e à Jéssica, que, mesmo longe, nunca deixaram de torcer e me incentivar.

Por último, agradeço, mesmo sem saber ao certo como, à Paula Dornelas, minha companheira de vida. Sem dúvidas, a pessoa mais responsável por esse texto ter chegado a algum fim, por não me deixar esmorecer mesmo em tempos tão difíceis e por me cercar de tanto amor. Obrigado pelo apoio diário, pela paciência e por não deixar a angústia me paralisar por completo.

O mundo é salvo todos os dias por pequenos gestos. Diminutos, invisíveis. O mundo é salvo pelo avesso da importância. Pelo antônimo da evidência. O mundo é salvo por um olhar. Que envolve e afaga. Abarca. Resgata. Reconhece. Salva. Inclui. (BRUM, 2006, p. 22).

## **RESUMO**

Esta pesquisa tem como objetivo compreender o processo de definição da pauta de julgamentos do Supremo Tribunal Federal à luz de uma concepção de Estado de Direito. Procura-se entender como o poder de agenda pode ser operacionalizado pela presidência do Tribunal, e em que medida o seu exercício, que ocorre de forma individual e não colegiada, pode afetar a relação entre as instituições e a própria função a ser desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal. A partir da análise do caso concreto envolvendo o julgamento das ações de controle abstrato acerca da possibilidade de execução antecipada da pena privativa de liberdade, o trabalho pretende analisar criticamente o poder de definir a pauta de julgamento, mobilizando, para tanto, o conceito de Estado de Direito, sob suas diferentes – porém complementares – facetas e características.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Pauta de julgamento. Estado de Direito.

## **ABSTRACT**

This research aims to understand the procedure of definition of the Brazilian Supreme Court's judgments agenda in light of a conception of the Rule of Law. It is also sought to understand how the agenda power can be operationalized by the presidency of the Court, and to what extent its exercise, which is done individually and not collectively, can affect the relationship between the institutions and the very function to be performed by the Brazilian Supreme Court. From the analysis of a real case on the judicial review of the possibility of early execution of the condemnatory sentence, the research intends to critically analyze the power to define the judgment agenda, mobilizing, for that, the concept of Rule of Law, under its different – but complementary – facets and characteristics.

**Keywords:** Brazilian Supreme Court. Judgment agenda. Rule of law.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

|       |                                               |
|-------|-----------------------------------------------|
| ADC   | Ação Declaratória de Constitucionalidade      |
| CCJ   | Comissão de Constituição de Justiça           |
| CPP   | Código de Processo Penal                      |
| HC    | Habeas Corpus                                 |
| PEC   | Proposta de Emenda à Constituição             |
| PL    | Projeto de Lei                                |
| RISTF | Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal |
| STF   | Supremo Tribunal Federal                      |
| STJ   | Superior Tribunal de Justiça                  |

## SUMÁRIO

|                                                                                |           |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>                                                        | <b>10</b> |
| <b>1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTEXTO .....</b>                          | <b>15</b> |
| 1.1 O retrato da individualização .....                                        | 15        |
| 1.2 O poder de agenda no STF .....                                             | 24        |
| 1.3 O poder de agenda da presidência do STF .....                              | 27        |
| <b>2 A AGENDA DA PRESIDÊNCIA EM CENA.....</b>                                  | <b>34</b> |
| 2.1 A execução provisória da pena privativa de liberdade na pauta do STF ..... | 36        |
| <b>3 O IDEAL POLÍTICO DE ESTADO DE DIREITO .....</b>                           | <b>53</b> |
| 3.1 O caráter formal do Estado de Direito .....                                | 54        |
| 3.2 O caráter procedimental do Estado de Direito .....                         | 59        |
| <b>4 ESTADO DE DIREITO E FIDELIDADE .....</b>                                  | <b>76</b> |
| 4.1 Pontos de conexão, contexto e desafios .....                               | 87        |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>                                               | <b>95</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>                                        | <b>99</b> |

## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) é uma instituição que ganhou lugar de destaque no desenho institucional projetado na Constituição da República de 1988, possuindo tarefas importantes para realizar na comunidade política. Com competências para apreciar as mais variadas – e, também, relevantes – questões que são discutidas na sociedade, até mesmo por meio de controle de constitucionalidade dos atos emanados pelo Legislativo, o STF foi alçado – ou se alçou – ao centro do cenário político-institucional.

A proeminência assumida pelo Tribunal fez com que os olhares de teóricos de diferentes campos fossem a ele dirigidos. As luzes dos holofotes lançadas sobre a instituição, no entanto, não deixam escapar as falhas e as disfunções existentes, sobretudo, em sua prática deliberativa. Esse não é um aspecto de menor relevância, pois o procedimento e, portanto, a forma como se decide (WALDRON, 2008) não é menos importante que a própria decisão. Da mesma forma, são relevantes as decisões por não decidir, mediante as quais a corte deixa de se manifestar sobre determinada questão, e as decisões por quando decidir sobre determinado assunto, o que envolve a escolha do momento mais adequado para desempenhar o seu papel jurisdicional.

Entender a prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal esbarra em um fator fundamental que não pode escapar das análises que tentam compreender a dinâmica da instituição: a fragmentação de seu poder decisório. A despeito de ser um órgão colegiado que, por essa razão, poder-se-ia esperar que alcançasse suas decisões de forma coletiva, a partir da interação argumentativa entre os ministros, a maior parte de sua atividade jurisdicional é desempenhada de forma individual.

Não por acaso, são comumente utilizadas metáforas para capturar tal idiossincrasia (anti)deliberativa do STF, como chamá-lo de um “tribunal de solistas”.<sup>1</sup> A capacidade de se decidir monocraticamente, no entanto, não diz tudo. Existem outros poderes individuais ou mecanismos dos quais cada ministro pode se valer, na prática, para interferir na possibilidade mesma de deliberação (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018a).

---

<sup>1</sup> Para Conrado Hübner Mendes: “O STF seria, nos termos de uma recorrente metáfora musical invocada para ilustrar empreitadas cooperativas, não uma ‘orquestra’, onde o todo é maior que a soma das partes, mas um ‘tribunal de solistas’, no qual o virtuosismo individual prevalece – em vez de se subordinar – sobre o ideal de um concerto.” (MENDES, 2012, p. 72).

Um desses poderes individuais e, possivelmente, a principal atribuição da presidência no que tange ao procedimento decisório, é aquele conferido ao presidente do Supremo Tribunal Federal para definir a pauta de julgamento do plenário, ou seja, para escolher quando e quais processos serão deliberados pelo colegiado. Pela importância da atribuição, que interfere diretamente no próprio desempenho do papel institucional do órgão – afinal, julga-se apenas o que está na pauta –, poder-se-ia imaginar que tal poder é informado por critérios bem definidos, conferindo certa previsibilidade ao desenvolvimento da atividade.

No entanto, inexistem critérios fixados, como, por exemplo, a necessidade de observância a uma ordem cronológica, para limitar o poder de inclusão – ou não inclusão – dos processos que tramitam no órgão na pauta de julgamento para deliberação dos ministros. A concentração do poder de agenda, sem parâmetros normativos legais ou regimentais para conduzir o exercício dessa função, permite que, na prática, o manejo dos processos da pauta possa ocorrer de acordo com juízo de conveniência ou das próprias preferências do presidente do STF. Além disso, a tarefa de confecção da pauta nem sempre é colocada em perspectiva com as responsabilidades que dela decorrem, sobretudo em vista da constatação de que o poder individual de interferir no tempo das decisões do STF é equiparável ao próprio poder de decidir (MENDES, 2019).

É necessário entender como o poder de agenda pode ser operacionalizado pela presidência do Tribunal e, ainda, compreender até que ponto esse poder de definir a pauta de julgamento, que é exercido de forma individual e não colegiada, pode afetar a relação entre as instituições. A proposta deste trabalho é tentar refletir sobre esses aspectos, utilizando como lentes as exigências de uma concepção de Estado de Direito e da função a ser desempenhada pelo STF na deliberação pública. Afinal, o ideal de Estado de Direito é capaz de fornecer limites ao exercício do poder de definir a pauta de julgamentos?

O trabalho valer-se-á de revisão e análise de literatura, para que seja possível estabelecer referências conceituais para o seu desenvolvimento. Para além da mobilização de conceitos, será feita a análise de um caso concreto, a qual poderá revelar não só o uso que a presidência do STF pode fazer de seu poder de agenda, mas também tornar claro a repercussão interinstitucional do exercício desse poder.

A escolha do caso concreto, envolvendo o julgamento das ações de controle abstrato que tratavam da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) e, portanto, da (im)possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, está diretamente

relacionada com a profusão de informações sobre a tramitação dos processos, o que tornou possível captar a extensão e a relevância do poder de agenda da presidência do STF.

É importante esclarecer que a confecção da pauta é uma atividade administrativa na qual não são reveladas as razões para se incluir ou deixar de incluir processos para deliberação. Esse fato dificulta a tarefa de selecionar casos com o objetivo de descortinar o uso que a presidência do Tribunal pode fazer de seu poder de agenda. No caso escolhido, entretanto, a mobilização da pauta pela presidência, para obstar o julgamento dos processos, foi trazida à superfície e tornada pública pela ampla cobertura midiática do caso. Nesse sentido, a repercussão dos acontecimentos, que contou, até mesmo, com entrevistas concedidas pelos próprios ministros a veículos de comunicação, serviu como uma lupa para amplificar o poder de agenda da presidência, revelando a dimensão e a importância desse poder.

Como dito, um dos objetivos deste trabalho é analisar criticamente o poder de gestão da pauta de julgamento exercido pela presidência do STF à luz do Estado de Direito. Mas o que é Estado de Direito e qual a sua importância? O Estado de Direito é um ideal de moralidade política, com origem na Grécia antiga (TAMANHA, 2004; WALDRON, 2020; POSTEMA, 2013), que se preocupa com exercício do poder. Mais especificamente, é um ideal que se posta contra o arbítrio, estabelecendo limites, por meio do direito, ao exercício de qualquer forma de poder em uma comunidade política. Nessa perspectiva, o direito – que não se resume a previsões legais – assume centralidade para orientar as condutas, estruturando as relações sociais e tornando as pessoas, agentes públicas ou não, responsabilizáveis diante das normas jurídicas que organizam determinada comunidade política e perante uns aos outros.

O Estado de Direito entoa, em linhas muito gerais, a ideia de que o exercício do poder deve ser orientado por normas públicas previamente estabelecidas, em contraposição às próprias preferências do agente (WALDRON, 2020). Essa ideia central é relevante, pois sobre ela pouco – ou nada – há de divergência. As exigências do ideal, por outro lado, são passíveis de disputa. O que constitui o Estado de Direito? O que ele exige? As respostas a essas perguntas podem variar. O Estado de Direito é um ideal que atravessou séculos e continua sendo de vital importância para assegurar e estabilizar as relações sociais. Parte deste trabalho é tentar identificar quais são as exigências do Estado de Direito, para que, a partir de sua concepção, sob suas diferentes facetas, o exercício do poder de definir a pauta de julgamentos possa ser colocado em perspectiva e analisado de forma crítica.

O trabalho está estruturado em 4 capítulos, além desta introdução e das considerações finais. No primeiro, será feito esforço para caracterizar o Supremo Tribunal Federal, passando pelos contornos que a instituição recebeu pelo constituinte e pela explicitação de suas competências. Nessa perspectiva, mobilizando literatura que busca descrever o comportamento do STF, será apresentado o quadro de individualização do órgão, com os mecanismos individuais (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018a; ARGUELHES; RIBEIRO, 2018b) que possibilitam os ministros a interferir no tempo das decisões. Entre tais mecanismos, será dado destaque ao poder de agenda da presidência do Tribunal.

O segundo capítulo se ocupará, basicamente, de apresentar o caso concreto selecionado, cuja análise poderá clarificar o poder que a presidência concentra em suas mãos, tornando possível perceber os reflexos tanto do ponto de vista interno da instituição como para o desempenho de suas funções interinstitucionais. A análise do caso, envolvendo a chamada “prisão em segunda instância”, não é voltada para o acerto ou a incorreção do mérito das decisões que serão trabalhadas e que tangenciam a interpretação do inciso LVII do art. 5º da Constituição da República de 1988 e, por conseguinte, do conteúdo do princípio da presunção de inocência. A pretensão é, sobretudo, capturar o papel desempenhado pela presidência na (não) deliberação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 43 e nº 44, assim como as movimentações dentro e fora do Tribunal enquanto perduraram as indefinições sobre o seu julgamento.

No terceiro capítulo, será apresentado o ideal de Estado de Direito, assim como as suas facetas formal e procedimental, e as exigências e princípios que dizem respeito a cada uma delas, com base nas formulações de Lon Fuller (1969) e Jeremy Waldron (2008; 2011; 2012; 2013). Na esteira da argumentação, serão perpassados aspectos como a importância da previsibilidade, do respeito ao procedimento e da separação de poderes para uma ideia de limitação ao exercício do poder.

No quarto e último capítulo, será introduzida a noção de fidelidade à concepção de Estado de Direito, com base em Gerald Postema (2013a; 2013b; 2020), que se volta para a possibilidade de concretização de um governo por meio de leis em uma comunidade política. A fidelidade, para Postema (2013a), é um conjunto de compromissos e responsabilidades compartilhadas entre os membros da comunidade, sem a qual o Estado de Direito é incapaz de fincar raízes. Ainda nesse capítulo, serão feitas algumas correlações entre o objeto do trabalho e a discussão acerca da legitimidade de tribunais que exercem controle de constitucionalidade de leis.

Adiantando um argumento conclusivo, em breves linhas, pode-se dizer que em uma comunidade política que pretenda ser governada por meio de leis, isto é, em que o direito assume centralidade para orientar condutas e regular as relações sociais, nenhum poder pode ser exercido com base nas meras preferências de seu agente, mesmo na ausência de regras positivadas para discipliná-lo. O exercício de poder deve observância a uma série de exigências, como previsibilidade (FULLER, 1969), respeito aos procedimentos estabelecidos (WALDRON, 2008) e, ainda, postura compatível com a existência de um *ethos* do direito (POSTEMA, 2013a).

## **1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTEXTO**

### **1.1 O retrato da individualização**

Uma constituição, nos termos em que é compreendida nas sociedades modernas, deve ter regras para disciplinar o exercício do poder político, com o propósito de evitar o seu uso arbitrário, assim como deve proteger direitos fundamentais. A definição dessas regras e direitos é uma decisão política e dependente de contextos. É dizer, não há um desenho melhor, único e infalível, a ser adotado em todas as circunstâncias sociais e políticas em que sistemas jurídicos e políticos são organizados por constituições. Diferentes sociedades, com características particulares, demandam contornos constitucionais distintos (SILVA, 2021).

No caso brasileiro, várias escolhas foram feitas na Constituição da República de 1988. Algumas das mais relevantes são o regime republicano, a forma federativa de Estado, com a participação dos estados, Distrito Federal e municípios, a decisão por constituir um Estado Democrático de Direito, e a separação de poderes (BRASIL, 1988). No texto constitucional, também foram traçados objetivos ambiciosos e considerados necessários do ponto de vista de uma moralidade política, como construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução de desigualdades. Entre os direitos fundamentais previstos, há o de que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário,<sup>2</sup> promovendo o acesso à jurisdição.

Em termos de organização dos poderes, o Supremo Tribunal Federal ocupa lugar de destaque no desenho institucional projetado pelo constituinte, cabendo-lhe, textualmente, a guarda da Constituição. As competências do órgão, dispostas no art. 102 do texto constitucional, são exercidas pelos onze ministros que o compõem, sob as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio, e podem ser divididas em dois grupos: as originárias e as recursais. Estas, que podem ser tanto ordinárias como extraordinárias, garantem-lhe a posição de órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. É conferida ao STF, por exemplo, a possibilidade de dar a palavra final em qualquer processo judicial no qual sejam discutidas questões de cunho constitucional – as quais, por sua vez, são inúmeras.

---

<sup>2</sup> Nos termos do art. 5º da Constituição de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988).

Por outro lado, as competências originárias estão listadas nas dezesseis alíneas do inciso I do art. 102 (BRASIL, 1988). Entre elas, sobressai a de julgar ações de controle abstrato de normas, ou seja, a de realizar o controle concentrado de constitucionalidade. Embora muitas dessas competências não sejam estranhas à história institucional do órgão, que, em alguma medida, já as desempenhava antes mesmo da atual ordem constitucional, a Constituição de 1988 introduziu modificações significativas, como na estrutura do modelo de controle concentrado de constitucionalidade quando comparado com o regime autoritário que a antecedeu. O sistema foi substancialmente ampliado e sofisticado, possibilitando o acesso ao Tribunal por diversos atores <sup>3</sup> e por meio de diferentes instrumentos processuais.

Por certo, a proeminência político-institucional hoje assumida pelo STF não pode ser compreendida sem que se mencione, também, a competência do órgão de julgar originariamente infrações penais comuns cometidas por determinadas autoridades públicas. O julgamento da Ação Penal nº 470, que ficou conhecida como o caso do “Mensalão”, amplamente transmitido e repercutido perante a sociedade, é comumente apontado como um marco na postura institucional do órgão, tendo em vista que “[o] caso consumiu tempo e energia do Tribunal, mas também projetou seus ministros para um novo patamar da vida pública brasileira” (VIEIRA, 2018, p. 199). A partir daí, houve aumento substancial de ações penais distribuídas no STF (RODRIGUES; ARANTES, 2020, p. 40).

O fato de o Tribunal ter competência para processar e julgar os crimes cometidos pelo presidente e vice-presidente da República, pelos membros do Congresso Nacional, pelos seus próprios ministros e pelo procurador-geral da República, lança sobre ele um sensível encargo político, capaz de tensionar ainda mais a relação da instituição com os demais órgãos que exercem o poder. Além, é claro, de colocá-lo sob os holofotes da mídia e sob o escrutínio da sociedade, no que tange ao julgamento de agentes políticos e à pauta de combate à corrupção.

Como dito, as inovações trazidas pela Constituição de 1988 facilitaram o acesso ao STF, assim como fizeram com que nele fossem centralizadas diferentes atribuições. Além disso, a opção pela constitucionalização de diversos direitos individuais, coletivos e sociais, alinhados

---

<sup>3</sup> O controle concentrado de constitucionalidade foi instituído no Brasil por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 26/11/1965, durante o período da ditadura civil-militar. À época, somente o procurador-geral da República poderia propor a chamada “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual”. A partir da Constituição da República de 1988, além do procurador-geral da República, passaram a poder propor ação de controle abstrato de normas o presidente da República, as mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme disposto no art. 103 do texto constitucional (BRASIL, 1988).

aos já mencionados objetivos traçados no texto constitucional, tornou possível que uma miríade de questões pudesse ser submetida ao crivo do Tribunal, até mesmo disputas entre atores políticos. Para Oscar Vilhena Vieira, “[e]ssa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa” (2008, p. 448), dando relevo à palavra da instituição judicial na arena política.

A verdade é que a redefinição do papel a ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na arquitetura constitucional permitiu que ele se tornasse uma instituição única tanto em relação à sua própria história, como em relação a outros tribunais (VIEIRA, 2008, p. 444). A expansão de sua autoridade, no entanto, ocorreu de forma gradual.<sup>4</sup> Depois da Constituição de 1988, o STF “[...] assumiu com cada vez mais clareza seu papel político, e passou a exercer sua competência de revisão constitucional com cada vez mais desenvoltura, quer no contexto do controle difuso, quer no do concentrado” (VERÍSSIMO, 2008, p. 412). O STF de hoje é resultado de uma construção de décadas – como também é um projeto inacabado. Inacabado que é, merece atenção e crítica permanentes.

As significativas competências do órgão, bem como a sua ativa participação no debate público, o que se dá em face da amplitude das questões com natureza constitucional, passíveis, portanto, de serem por ele revisadas, está na essência daquilo que Vieira (2008) chamou de “supremocracia”. A condição supremocrática se daria tanto em relação às intuições pertencentes ao quadro do próprio Judiciário, em termos de hierarquia, como em relação aos demais órgãos que exercem o poder, imiscuindo na separação dos poderes. Nesse sentido:

Supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição. (VIEIRA, 2018, p. 162).

O fato de que “[t]odas as questões mais relevantes discutidas na sociedade brasileira parecem, mais dia menos dia, reclamar uma decisão do STF, tornando a sua presença uma constante na nossa vida pública” (VIEIRA, 2018, p. 161), contudo, eleva sobremaneira a complexidade do próprio desempenho de suas funções e posa desafios práticos sobre a instituição. Afinal, não é tarefa simples ter que se pronunciar regularmente sobre assuntos

---

<sup>4</sup> Para uma análise da mudança de postura do STF ao longo das diferentes gestões federais, de Fernando Collor de Mello a Michel Temer, cf. VIEIRA, 2018.

controvertidos, permeados por desacordos morais de difícil solução, como também não é trivial pacificar disputas originadas na arena política.

Uma faceta dessa complexidade é a exposição da instituição e de seus integrantes, de suas qualidades e, principalmente, suas disfunções. Se, ainda em 2008, Oscar Vieira escreveu que eram raros os dias em que decisões do STF não se tornavam manchetes de jornais (2008, p. 442), a evidência midiática do órgão ganhou contornos ainda mais acentuados no decorrer dos últimos anos, também em virtude de sua atuação central em casos de grande repercussão. Para Silva (2021, p. 508),

O Supremo Tribunal Federal nunca esteve tão visível para a sociedade civil quanto nos últimos anos. Nos primeiros quinze anos após a promulgação da Constituição de 1988, embora algumas decisões do STF possam ter chamado a atenção de pessoas de fora do mundo jurídico, é certo que os integrantes do tribunal não eram conhecidos de quase ninguém, às vezes nem mesmo de estudiosos do direito constitucional. Hoje, ao contrário, não apenas as decisões, mas também os membros do STF estão submetidos a uma intensa publicidade e sobre elas e eles se comenta e se discute cotidianamente. Ministros e ministras do STF são mais conhecidos do que os membros do Congresso Nacional.

A propósito, o fenômeno da exposição do STF na mídia já havia sido capturado por Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira (2012), na tentativa de investigar a relação do Tribunal com a sociedade e os cidadãos. Os autores examinaram alguns fatores que teriam modificado a forma como o Tribunal – enquanto instituição, é importante dizer – se comunicava com a população. Esses fatores seriam: a criação da TV Justiça e do Conselho Nacional de Justiça e a adoção daquilo que chamaram de “agenda temática” (2012, p. 442), a qual diz respeito ao poder de definir a pauta dos processos que seriam julgados pelo órgão, em uma espécie de tentativa de obter correspondência entre as agendas do STF e da opinião pública (2012, p. 445).

Para além da questão da exposição, as diferentes competências institucionais aliadas ao acesso facilitado à sua jurisdição impuseram ao STF desafios instrumentais sinuosos, colocando à prova sua capacidade para lidar com a quantidade de casos que passaram a lhe ser submetidos anualmente. Os números são expressivos. Como aponta Marcos Paulo Veríssimo, o STF julgou 159.522 casos em 2007, sendo que, em 1987, isto é, no último ano antes da promulgação da Constituição de 1988, apenas 20.122 processos tinham sido julgados pelo Tribunal (2008, p. 410). Essa discrepância numérica está atrelada ao aumento da demanda do Tribunal, já que a distribuição anual de processos cresceu vertiginosamente depois de 1988:

Segundo dados do próprio Supremo Tribunal Federal, a média anual de processos distribuídos a essa corte era, na década de 1940, de 2.500. No final da década de 1950

esse número sobe para 7.000, mantendo-se estável entre 7.000 e 8.000 na década seguinte. O número pouco mais que dobra entre as décadas de 1970 e 1980. Portanto, em um espaço de 50 anos, o volume anual de distribuições ao Supremo Tribunal Federal aumentou em aproximadamente oito vezes, isto é, cresceu a uma proporção média de 4,5% ao ano.

Após a Constituição de 1988, contudo, em um espaço de apenas 16 anos (1989–2004), o volume anual de distribuições mais que quadruplica. Isso representou um aumento à proporção média de 10,5% ao ano. Se for tomado apenas o período compreendido entre 1997 e 2002, o aumento é de espantosos 470%, ou 41,6% ao ano (...) (VERÍSSIMO, 2008, p. 413).

Como demonstram os números, o crescimento da demanda foi correspondido com o aumento substancial da produtividade do STF. No entanto, esta produtividade não pode ser confundida com a intensificação ou o aprimoramento da prática deliberativa <sup>5</sup> e colegiada do órgão. Com base na comparação entre os dados de casos resolvidos no STF e do quantitativo de acórdãos publicados, ou seja, decisões que decorreram de julgamento colegiado, Veríssimo (2008, p. 419) identificou que a maioria dos processos decididos pelo STF, aproximadamente 88,20%, não era resultado de deliberação colegiada, mas de decisões monocráticas dos ministros.

Nessa mesma linha, com recorte temporal distinto, analisando a base de dados do projeto Supremo em Números, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Ivar Hartmann e Livia Ferreira (2015, p. 274) apontaram que, entre 1992 e 2013, 93% das decisões do STF foram proferidas individualmente, levando-se em conta decisões finais de mérito e decisões liminares. Os autores identificaram que os processos de controle difuso de constitucionalidade, inserto nas competências recursais do órgão, equivalem a aproximadamente 95% dos casos autuados, os quais são decididos, em sua maioria, de forma individual. Segundo os autores, que identificaram essas mudanças já no final dos anos 90, com a alteração de regras procedimentais no Código de Processo Civil, com a finalidade de se conferir maior efetividade aos processos judiciais, “[d]esde 2009 as decisões de mérito colegiadas no controle difuso são menos de 1% do total. Esse dado põe em cheque [*sic*] a pretensão do legislador de que os poderes de decisão monocrática do relator fossem excepcionais. Tornaram-se a regra no Supremo” (2015, p. 275).

A tendência a se decidir de forma individual, no entanto, não se limita às competências recursais de controle difuso. Hartmann e Ferreira apontaram que “[n]os últimos anos, porém, a prática de decidir monocraticamente tem contaminado também, e cada vez mais, o controle

---

<sup>5</sup> Para uma análise crítica do processo deliberativo do STF, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, p. 557-584, 2013.

abstrato de constitucionalidade” (2015, p. 275). Os autores identificaram uma queda constante, nos últimos vinte e cinco anos, de decisões colegiadas em controle concentrado.

Em verdade, as decisões monocráticas proferidas em ações constitucionais têm sido mais comuns ano após ano.<sup>6</sup> O aumento quantitativo de decisões individuais em ações de controle abstrato foi enfatizado também por Miguel Gualano de Godoy (2020), cujo foco em seu estudo foi, principalmente, a concessão de medidas liminares individuais em ações diretas de inconstitucionalidade:

Conforme o III Relatório do Supremo em Números, de 1989 a 2013 há uma queda paulatina nas decisões colegiadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, seguido por um crescimento do número de decisões monocráticas. De acordo com os dados listados pelo portal JOTA, entre 2014 e 2018, somente em ADI, ADC, ADPF e ADIO, o número de decisões monocráticas saltou de 227 em 2014 para 650 em 2018. Segundo levantamento feito especialmente para este artigo, entre 10/09/2014 e 20/12/2018, foram 94 decisões cautelares monocráticas em ADI, contra apenas 10 cautelares concedidas pelo Plenário do STF nesse período. (GODOY, 2020, p. 6-7).

Hartmann e Ferreira (2015) não chegaram oferecer uma explicação para a sobredita mudança de comportamento decisório no controle abstrato. Mas, segundo eles, considerando que o número de ações de controle concentrado de constitucionalidade autuadas no Tribunal permaneceu estável desde 1989, a queda no número de decisões colegiadas em controle concentrado possivelmente não estaria atrelada a variáveis externas, como, por exemplo, a quantidade de novos casos. Para os autores, os números poderiam indicar uma tendência da própria prática decisória do STF (2015, p. 276).

Não por coincidência, o papel exercido de forma individual pelos ministros do STF no julgamento de casos, revelando a fragmentação do poder decisório, seja em controle difuso ou concentrado, ganhou relevância na agenda de pesquisas sobre o Tribunal. Afinal, estariam os ministros se habituando a decidir de maneira monocrática? Com o avanço das análises, foi evidenciado que as decisões monocráticas são meio fundamental de exercício de poder individual, mas não o único. Isso porque a possibilidade de se decidir monocraticamente não esgota os mecanismos que os ministros possuem em seu repertório – formal ou informalmente – para interferir, individualmente, no deslinde de casos a serem julgados pelo Tribunal (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018a; ARGUELHES; RIBEIRO, 2018b).

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, ver TEIXEIRA, Matheus. STF bate recorde de monocráticas em ações constitucionais em 2018, de 15/01/2019, *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-recorde-monocraticas-aco-es-constitucionais-2018-15012019>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

Dez anos depois de Vieira cunhar o termo “supremocracia”, visando a descrever a concentração de poder na instituição Supremo Tribunal Federal, Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro (2018a) produziram artigo intitulado “Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro”, no qual se debruçaram sobre o exercício individual do poder judicial no órgão. Para eles, a atenção voltada apenas às decisões colegiadas, sob o aspecto institucional, seria incapaz de capturar de forma precisa a atuação dos juízes na política (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018a, p. 15).

Partindo da premissa de que as preferências de um tribunal constitucional entram no cálculo político dos outros atores engajados no processo de tomada de decisões (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018a, p. 16), os autores indicaram, essencialmente, três formas ou poderes pelos quais um tribunal pode influir nessa relação interinstitucional: por meio de uma decisão propriamente dita, isto é, emanando um provimento judicial; sinalizando preferências e comportamentos futuros; e definindo sua própria agenda.

Esses poderes podem ser exercidos não apenas pela instituição, mas, no caso do STF, também por cada um dos magistrados individualmente considerados. A sinalização de preferências,<sup>7</sup> apesar de ser um fator que influi na ação de atores políticos, já que a própria revelação de um posicionamento decisório futuro pode estimular ou desestimular condutas, parece não dizer sobre como o STF decide. Por outro lado, a decisão em si e a definição da agenda podem revelar muito sobre prática institucional e deliberativa do órgão.

Os próprios autores deram destaque na pesquisa (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018a) à interação do poder de agenda com o poder de decidir individualmente, por meio de liminares, o que, para eles, acabaria criando, na prática, um óbice ao controle dos atos individuais pelo colegiado:

No desenho institucional em tese, a supervisão pelo plenário seria a melhor aposta de controle desse poder individual. Os ministros individuais seriam agentes do plenário, decidindo com urgência de modo a preservar a autoridade futura da decisão colegiada, que poderia sempre discordar da liminar e revogá-la. Na prática, porém, pela interação entre poderes de agenda e poderes de decisão, a supervisão do plenário acaba se tornando opcional. O relator do processo pode impedir que sua liminar seja liberada para apreciação pelo colegiado. Mesmo quando a parte prejudicada recorre da liminar, o relator da liminar atacada também controla quando esse recurso estará liberado para decisão do plenário — a quem caberia, em tese, controlar sua atuação individual. Ao manter o caso fora da apreciação do plenário, o relator que deu a liminar individual pode impedir qualquer risco de revogação, seja diretamente (bloqueando a possibilidade de decisão, *evitando* o plenário) ou indiretamente (criando fatos

---

<sup>7</sup> O poder de sinalizar pode ser exercido a partir de notas oficiais por parte da própria instituição, como também a partir de pronunciamentos de ministros fora dos autos, até mesmo em relação a casos ainda sem desfecho (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018a, p. 16)

consumados que aumentarão muito os custo [sic] de reverter sua liminar, *emparedando* o plenário). (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018a, p. 24)

Isso aconteceria porque, no que diz respeito a decisões liminares individuais, que podem ocorrer em diferentes espécies processuais diante do preenchimento dos requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano irreversível ou do risco ao resultado do processo, muitas delas produzem efeitos por longo período de tempo<sup>8</sup> e acabam não sendo apreciadas pelo colegiado. Ou são apreciadas quando já não é possível reverter os efeitos da ordem individual. E isso ocorre até mesmo quando se trata de questões políticas sensíveis. Por vezes, o ministro que dá a ordem monocrática retém o processo em seu gabinete, sem submeter a liminar ao colegiado, podendo, assim, perpetuar os efeitos de sua decisão no tempo. Em outras palavras, o juiz decide individualmente e decide, também, quando levará o caso para apreciação do colegiado (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018b, p. 251). É essa a interação entre poder de agenda e poder de decidir monocraticamente que Arguelhes e Ribeiro (2018a, p. 25) argumentam ser crucial para entender o papel do STF na política nacional.

Existem vários exemplos dessa forma de interação, dos quais se pode referenciar o caso das decisões liminares deferidas pelo ministro Luiz Fux, em setembro de 2014, no bojo das Ações Originárias nºs 1773 e 1946 e na Ação Cível Originária nº 2511, por meio das quais determinou o pagamento de auxílio-moradia para todos os juízes do país. A despeito do impacto orçamentário da despesa,<sup>9</sup> o relator somente liberou as ações para apreciação do colegiado em 19/12/2017, sendo que elas sequer chegaram a ser deliberadas. Em 2018, Fux revogou as decisões monocráticas e os processos foram posteriormente extintos sem resolução de mérito. As decisões liminares proferidas produziram efeitos por, aproximadamente, quatro anos, sem que os demais ministros analisassem o mérito da controvérsia.

Também é o caso da liminar concedida, em julho de 2013, pelo então ministro presidente Joaquim Barbosa nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5017, para suspender os efeitos da Emenda Constitucional nº 73/2013 e, por conseguinte, obstar a criação de novos tribunais regionais federais no país. Até a redação deste trabalho, a decisão monocrática de Joaquim Barbosa não havia sido apreciada pelo colegiado. Na prática, uma emenda constitucional, fruto de deliberação legislativa, aprovada em dois turnos por cada casa do

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, conferir Dimoulis e Lunardi, 2008.

<sup>9</sup> Para mais detalhes, conferir: RECONDO, Felipe. Por liminar, auxílio moradia de juízes já custa R\$ 860 milhões. Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/por-liminar-auxilio-moradia-de-juizes-ja-custa-r-860-milhoes-09072015>>. Acesso em: 8 abr. 2021.

Congresso Nacional, teve seus efeitos suspensos por um único ministro, sem participação do colegiado.

Esses dois casos são muito representativos da individualização do STF e, por essa razão, foram aqui referenciados, já que uma tentativa de oferecer exemplos atuais pode se mostrar sempre desatualizada, em vista da recorrência desse tipo de postura dos ministros. A concessão de medidas cautelares individuais é uma constância na realidade do Tribunal. Além disso, o fato de decisões liminares produzirem efeitos por longo período é problemático (DIMOULIS; LUNARDI, 2008, p. 4367), dificultando sobremaneira a revisão da medida pelo colegiado e, por vezes, produzindo efeitos irreversíveis.<sup>10</sup> O dispêndio com o auxílio-moradia para todos os juízes do país durante a vigência da sobredita medida liminar é um exemplo significativo dessa última hipótese.

É necessário destacar que a própria possibilidade normativa de concessão de medidas liminares em controle abstrato é questionada por alguns. Godoy (2020, p. 12), com foco em ações diretas de inconstitucionalidade, argumenta que não há amparo normativo, seja constitucional, legal – na lei específica que disciplina a ação ou no Código de Processo Civil – ou no Regimento Interno do STF (RISTF), para a concessão de cautelares monocráticas. Na prática, as medidas cautelares individuais, mesmo em ação direta de inconstitucionalidade, são uma realidade no Tribunal.

A existência de decisões liminares monocráticas tem o condão de criar sérios embaraços institucionais e dificuldades teóricas do ponto de vista da separação de poderes. Uma manifestação individual que reproduz e segue um posicionamento institucional pretérito não parece criar maiores dificuldades. Situação diversa ocorre quando um ministro individualmente se investe na prerrogativa de, na prática, suspender leis, atos administrativos e até mesmo emendas à Constituição, sem que antes disso exista uma manifestação institucional sobre o tema.

Nessa perspectiva, há casos em que a manifestação individual pode destoar ou até ser contrária ao entendimento majoritário da instituição, criando problemas de previsibilidade, segurança jurídica e violações à integridade do direito.<sup>11</sup> Disso decorre que, conquanto as

---

<sup>10</sup> Sobre esse aspecto, ver também: Arguelhes e Ribeiro, 2018b.

<sup>11</sup> Na concepção de Ronald Dworkin (2014), a integridade é um princípio de moralidade política que, em sua versão judiciária, exige que os juízes identifiquem o direito aplicável a partir do pressuposto de que foi criado por um único autor (comunidade personificada), expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam somente relatos voltados para o passado (como defendido por uma concepção convencionalista do direito) ou sejam orientados para o futuro (como defendido

medidas liminares existam como um mecanismo para proteger e garantir a possibilidade de o colegiado decidir sobre certa questão antes que ocorra um dano irreparável (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018b, p. 252), o seu uso, na realidade institucional do STF, pode prejudicar ou constituir verdadeiro obstáculo à própria manifestação colegiada. Seria a ação individual fazendo com que o plenário fosse “sitiado” (FALCÃO; ARGUELHES, 2017, p. 21) ou “silenciado” (GODOY, 2020, p. 23).

## 1.2 O poder de agenda no STF

Feitas essas considerações acerca do poder de decidir individualmente, pode-se indagar sobre a extensão do poder de agenda. Afinal, o que é e quem possui poder de agenda no STF? A possibilidade de definir a agenda tem a ver com o tempo das decisões. Diz respeito à escolha orientada acerca de quando decidir sobre determinado assunto – ou, até, não decidir. É relevante porque o tempo da decisão pode influir no próprio resultado das deliberações (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018b). A mudança de composição do colegiado, o que é inevitável com o transcurso do tempo,<sup>12</sup> por exemplo, pode ser determinante para a alteração da maioria em determinado assunto.

Em se tratando do STF, Arguelhes e Ribeiro defendem que “[o]s poderes de agenda estão fragmentados e distribuídos em níveis individuais distintos” (2018a, p. 20). Essa descentralização ocorre em razão de o tempo das decisões estar sujeito ao que Arguelhes e Ribeiro se referiram como “mecanismos de poder de agenda” (2018a, p. 21). Primeiro, as decisões estão sujeitas ao tempo do relator, que precisa instruir o processo, elaborar o voto condutor do julgamento e submetê-lo para deliberação; depois disso, depende de a presidência do colegiado incluir o processo na pauta para julgamento; assim como pode ser influenciado

---

pelo pragmatismo jurídico). Para Dworkin, as afirmações jurídicas combinam elementos que se voltam para o passado e, também, para o futuro, o que pode ser melhor compreendido na representação do romance em cadeia desenvolvida por Dworkin. A ideia, em linhas gerais, é a de que um juiz, no desempenho de suas funções, deve considerar as decisões que outros juízes adotaram em casos semelhantes, como parte de uma longa história que ele precisa não só interpretar como também continuar e apresentar como uma instância valorosa do gênero ao qual pertence, no caso, discursos de justificação do exercício do poder coercitivo na comunidade política pelo Estado. Para mais detalhes sobre a concepção interpretativa do direito como integridade, cf. Thiago Lopes Decat (2015); Flávio Quinaud Pedron e José Emílio Medauar Ommati (2020).

<sup>12</sup> A troca da presidência do Tribunal ou a aposentadoria de ministros podem ser bons exemplos de fatores que alteram a composição das turmas e do plenário do STF.

por pedidos de vista, os quais podem ser feitos por qualquer dos integrantes do Tribunal, em qualquer momento da sessão de julgamento.

A autonomia de que goza o relator para decidir o momento no qual submete processo ou decisão liminar para apreciação do colegiado é muito relevante, como evidenciado pelos exemplos descritos linhas atrás. Dimoulis e Lunardi (2008) já tinham apontado a existência de um poder discricionário do relator para determinar o momento do julgamento de processos sob sua responsabilidade, tendo em vista que as poucas balizas existentes no RISTF – já que não existe previsão legal ou constitucional a respeito – são incapazes de impor limite efetivo à escolha do tempo para apresentação do voto pelo relator (2008, p. 4362). Uma das ressalvas feitas pelos autores a partir da análise de ações diretas de inconstitucionalidade, que envolve a questão do quantitativo de processos no Tribunal, é pertinente aqui, já que o comportamento individual não parece poder ser explicado pelo acúmulo de trabalho:

A notória sobrecarga do Tribunal certamente não pode ser desconsiderada, mas não justifica as fortes discrepâncias na duração das ADINs, podendo o STF ser extremamente célere em alguns casos e inexplicavelmente lento em outros. Na série examinada encontramos 26 ADINs que continuam pendentes nove anos após a sua interposição, havendo, por outro lado, 14 ADINs nas quais a decisão transitou em julgado em menos de seis meses. (DIMOULIS; LUNARDI, 2008, p. 4368).

De forma semelhante, a interferência no tempo das decisões por meio de pedido de vista também revela idiossincrasias acerca do peso exercido pela atuação individual e da dinâmica interna do STF. O pedido de vista é uma faculdade prevista na legislação processual, destinada ao julgador que não esteja em condições de proferir seu voto de imediato. Ele serve para que algum membro do colegiado, caso entenda necessário, possa melhor analisar o processo, os fatos e os fundamentos elucidados pelo relator, antes de manifestar seu entendimento. No entanto, Arguelhes e Hartmann (2017) demonstraram que o pedido de vista pode operar, na prática, como uma espécie de poder de veto, por meio do qual é possível paralisar indefinidamente casos com o julgamento já iniciado, mantendo processos fora da agenda do colegiado por anos e até mesmo décadas (2017, p. 109).

Nessa linha, em vez de ser usado para aperfeiçoar o debate, o pedido de vista poderia funcionar como mecanismo de barreira à deliberação. É verdade que existe prazo na legislação processual e, também, no regimento interno para a devolução de pedidos de vista. Entretanto, Arguelhes e Hartmann apontaram, por pesquisa envolvendo pedidos de vista entre 1988 e 2013, que o respeito ao prazo é a exceção no STF, e não a regra. Apenas 20.4% dos pedidos de vista foram devolvidos para julgamento dentro do prazo legal (ARGUELHES; HARTMANN, 2017,

p. 126). Além disso, os autores não encontraram evidências, por meio da análise de dados quantitativos, de que os pedidos de vista estariam de fato relacionados com seu propósito, isto é, com a necessidade de estudo dos casos, com sua complexidade ou com a quantidade de serviço de cada julgador (ARGUELHES; HARTMANN, 2017, p. 127).

Arguelhes e Hartmann mostraram que o uso da vista poderia ocorrer por motivos outros que não simplesmente o estudo dos casos. Nesse sentido, encontraram evidências de que o exercício da faculdade de vistas possivelmente estaria relacionado a mudanças na composição do Tribunal (ARGUELHES; HARTMANN, 2017, p. 129), indicando o uso do instituto para propósitos pessoais dos ministros. Para eles, os resultados apontam que os ministros, individualmente, poderiam decidir livremente sobre retirar um processo da pauta, seja por falta de tempo, seja por cálculos estratégicos, como obter maioria em determinado sentido ou evitar decidir questões difíceis em determinados momentos (2017, p. 129).

Os autores utilizaram um caso concreto para exemplificar como o pedido de vista poderia funcionar dessa forma, ou seja, como um meio de influenciar o tempo das decisões do Tribunal: o pedido de vista de autoria do ministro Gilmar Mendes no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650, cujo objeto era o financiamento de campanhas eleitorais. Naquele caso, Gilmar Mendes pediu vista dos autos quando já havia maioria formada no sentido da inconstitucionalidade do financiamento de campanhas por empresas privadas e permaneceu com os autos por um ano e cinco meses.

Apesar de ter sido um período relativamente curto em comparação com outros casos de vistas, Arguelhes e Hartmann (2017) apontaram que esse seria um caso particularmente relevante. Isso porque, durante o referido período, Gilmar Mendes deu declarações para a mídia, deixando claro que não se sentia constrangido pelo prazo legal, nem estava interessado em examinar melhor o caso, mas permaneceria com os autos do processo o tempo necessário para o amadurecimento do debate na sociedade. Ainda, o ministro revelou que era contrário à posição da maioria formada até aquele momento (ARGUELHES; HARTMANN, 2017, p. 130).

O caso também seria relevante porque, a despeito da mobilização e pressão social existente para a liberação do processo,<sup>13</sup> revelava como não existe, na prática, mecanismo institucional para lidar com a situação, seja para devolver o processo para deliberação ou para responsabilizar o ministro pelo uso que havia dado ao mecanismo, qual seja, para obstar o fim

---

<sup>13</sup> Para mais detalhes, cf. ARGUELHES; HARTMANN, 2017.

de um julgamento em que o ponto de vista contrário ao dele acabaria prevalecendo. Para Arguelhes e Hartmann:

O protelamento de Mendes da decisão na ADI 4650 mostra como o mecanismo de vista permite que juízes individuais moldem negativamente o tempo de uma decisão sobre determinado assunto, por uma variedade de razões não relacionadas com a necessidade de estudar uma questão jurídica complexa ou argumentos novos, e sem restrições claras além de pressão pública. Responder à questão de com que frequência as vistas são utilizadas dessa maneira, entretanto, é um assunto para pesquisas futuras. (ARGUELHES; HARTMANN, 2017, p. 132, tradução livre).<sup>14</sup>

É inegável que o ministro relator e o ministro que pede vista do processo influem, cada qual na sua respectiva tarefa, no tempo das decisões do Tribunal. Uma opção feita neste trabalho, no entanto, é de reservar a expressão “poder de agenda” apenas à tarefa formal e centralizada na presidência do colegiado de montar a pauta de julgamento, decidindo quando e o que será deliberado. Parte-se da premissa de que o tempo das decisões é suscetível à ingerência de vários atores e em diferentes momentos do trâmite processual, mas o poder de agenda é uma função exclusiva do presidente.<sup>15</sup> E é sobre essa atribuição específica da presidência que esta pesquisa pretende se debruçar com mais acuidade.

### 1.3 O poder de agenda da presidência do STF

Pode-se perguntar, considerando os diferentes atores que podem interferir no tempo das decisões do Tribunal, e em diferentes momentos: qual a razão do destaque dado ao poder de agenda do presidente do Tribunal? A resposta a essa indagação passa pela percepção de que o presidente ocupa um lugar institucional diferente dos demais ministros (ESTEVES, 2020), concentrando tarefas institucionais específicas e relevantes, que nem sempre são problematizadas e colocadas em perspectiva com as responsabilidades que delas decorrem.

Um esforço para sistematizar os poderes que estão nas mãos do presidente do STF foi feito por Esteves (2020), dando indícios da necessidade de se lançar luzes sobre essa faceta da individualização que acomete o Tribunal. Na tipologia do autor, os poderes da presidência

---

<sup>14</sup> No original: *Mendes's stalling of the decision in ADI 4650 shows how the vista mechanism allows individual justices to negatively shape the timing of a decision on a given issue, for a variety of reasons unrelated to the need to study a complex legal issue or novel arguments, and under no clear constraints beyond public pressure. Answering the question of how often vistas are used in such a fashion, however, is a matter for future research.*

<sup>15</sup> O que não significa dizer que todos os casos selecionados pelo presidente são de fato deliberados. Nesse sentido, ver: ESTEVES (2017); LEAL (2017).

seriam: a) o de representação, por meio do qual o presidente tem a tarefa regimental de representar a instituição diante dos demais poderes e autoridades; b) a elaboração da pauta de julgamento do plenário; c) o poder de conceder liminares em período de plantão judiciário, isto é, durante recesso e férias; d) revisar decisões individuais proferidas pelos demais ministros, o que é uma novidade e parece decorrer da própria monocratização do Tribunal e de seus consequentes efeitos;<sup>16</sup> e) a organização das sessões, que também inclui a possibilidade de marcar sessões extraordinárias e controlar o tempo dos acontecimentos; f) o poder de abrir inquéritos.

Para Esteves (2020, p. 141), a origem desses poderes poderia ter três explicações possíveis: legislação, delegação dos demais ministros ou autoatribuição da presidência. Para o autor, a despeito de alguns deles decorrerem de lei, em alguns casos, “[...] o efetivo exercício de tais poderes parece ter transbordado os limites semânticos ou a finalidade da previsão legal” (2020, p. 142). Independentemente de sua origem, os referidos poderes são significativos e verificáveis no dia a dia do STF, conquanto nem sempre estejam expressos em textos normativos. E a consequência dessa constatação é relevante. Como elucida Esteves (2020) no trecho final de seu texto, que remete ao título do próprio artigo (“Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus?”):

[...] o que parece fora de dúvidas é que, se mantida a figura do STF como um arquipélago, a presidência não é uma ilha qualquer. É uma ilha maior do que as outras, que aqui chamei de ilhéus, não para dizer que as pequenas ilhas têm poderes diminutos ou menores do que os já apontados pelos analistas, e sim para destacar que a presidência conta com enormes poderes especiais. (ESTEVES, 2020, p. 146-7).

No que diz respeito à concentração do poder de agenda nas mãos do presidente, é necessário dizer que a atribuição tem raízes normativas. Para as matérias sujeitas à competência do plenário, a gestão da pauta fica a cargo do presidente do Tribunal, a quem é atribuída a direção dos trabalhos e a presidência das sessões plenárias, nos termos do inciso III do art. 13 do RISTF. Há quem diga que do referido dispositivo regimental não decorre a competência de definir a pauta do plenário e o calendário de julgamento.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Segundo Esteves (2020, p. 137): “Nos últimos anos, o exercício do poder individual pelos relatores para decidir questões liminares tem colocado o STF em uma posição desconfortável, tanto do ponto de vista político, externamente, quanto do ponto de vista interno, com o acirramento de conflitos entre ministros por causa do conteúdo das decisões ou mesmo pela forma de proceder. Esses problemas parecem ter dado origem a um novo poder.”

<sup>17</sup> Nesse sentido, cf. Godoy, 2020, p. 25.

No entanto, o poder de agenda é resultado da leitura do referido dispositivo regimental em conjunto com o art. 934 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), segundo o qual o presidente designa dia para julgamento dos autos que lhe são apresentados pelos relatores dos processos.<sup>18</sup> Não é, portanto, uma peculiaridade do STF o fato de o presidente do colegiado poder definir a pauta de julgamento. O que pode ser uma idiossincrasia do Tribunal é o modo como o presidente operacionaliza esse poder de agenda, tratando-o ou não como uma função apenas burocrática. Para Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 504):

Uma das mais importantes competências do presidente do STF, não prevista de forma explícita pelo RISTF, é a definição da pauta de julgamentos, isto é, a decisão do que será julgado e quando o será. Embora durante muito tempo não se tenha dado muita atenção a esse poder, atualmente se reconhece que ele é central para o funcionamento do tribunal e, mais do que isso, estratégico na relação do tribunal com os outros poderes e com a sociedade civil. A definição do momento em que uma ação será decidida pode ter efeitos no próprio resultado da decisão.

A propósito, é importante esclarecer que o alto número de processos a serem julgados e o tempo diminuto das sessões de julgamento criam, em conjunto, gargalos para a definição da pauta. Por mais que a maioria das decisões proferidas no STF sejam individuais, sequer alcançando o colegiado, restam ainda muitas decisões para apreciação dos ministros.<sup>19</sup> Isso fica manifesto quando se considera que, no ano de 2020, o STF proferiu cerca de 80.000 decisões monocráticas e algo em torno de 18.000 decisões colegiadas, divididas entre plenário (5.827 processos), primeira (6.798) e segunda (5.532) turmas.<sup>20</sup> No balanço do ano de 2019 divulgado pelo STF,<sup>21</sup> consta a informação de que foram julgados aproximadamente 16.500 processos de forma colegiada, também distribuídos entre plenário, primeira e segunda turmas.

Em se tratando de definição de pauta, o argumento de complexidade do processo – que pode ser utilizado para justificar a demora do relator ou a necessidade de pedidos de vista, mesmo contra as evidências, como já exposto neste trabalho – não parece fazer sentido. Mas

---

<sup>18</sup> Assim dispõe a legislação processual: “Art. 934. Em seguida, os autos serão apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento, ordenando, em todas as hipóteses previstas neste Livro, a publicação da pauta no órgão oficial” (BRASIL, 2015).

<sup>19</sup> Thomaz Pereira lança a ideia de que o grande volume de processos prontos para serem julgados é um fardo, mas também um alibi para o Tribunal. Para uma leitura crítica sobre definição de pauta e processos pendentes de julgamento, ver: PEREIRA, 2018.

<sup>20</sup> Para mais detalhes, conferir notícia “STF profere quase 100 mil decisões em 2020, entre monocráticas e colegiadas”, disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457782&ori=1>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>21</sup> Para mais detalhes, notícia “Supremo Tribunal Federal apresenta Balanço 2019 com principais números e ações da Corte”, disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=432920&ori=1>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

existe o argumento, a princípio plausível, de falta de espaço na agenda para dar conta de todo o acervo do Tribunal. E existem números que parecem corroborar esse argumento.

Luiz Fernando Gomes Esteves apontou que, em 2017, durante a gestão da ministra Carmén Lúcia, foram indicados 468 processos para a pauta de julgamento, mas somente 223 foram examinados no decorrer daquele ano. Ou seja, mais da metade dos processos previstos para a pauta em 2017 sequer foram apreciados, o que pode ser atribuído a diferentes fatores, como a questão da limitação temporal das sessões. O autor também indicou que, em relação aos 223 processos que foram de fato pautados, somente 109 tiveram o resultado proclamado na mesma sessão (ESTEVEES, 2018a). Esteves (2018b) chamou a pauta que o STF teria inicialmente a intenção de julgar de “pauta prevista”, em contraponto à pauta que é efetivamente submetida ao colegiado:

Analisar a pauta do Supremo é uma tarefa complexa, pois não existe uma, mas sim várias pautas. A primeira pauta é aquela *prevista* para julgamento. Essa pauta é divulgada com antecedência, por Cármen Lúcia, e traz uma lista de processos que possivelmente serão submetidos a julgamento em uma sessão. Porém, fatores como o tempo limitado das sessões, a leitura de longos votos pelos ministros, ou mesmo a ausência de ministros no dia do julgamento, podem fazer com que um processo seja colocado na pauta, mas na hora H não seja submetido a julgamento. (ESTEVEES, 2018b, p. 88).

Para o autor (2018b, p. 93), a despeito dos esforços empreendidos pela ministra Cármen Lúcia na presidência do STF, como a divulgação antecipada da pauta e a pontualidade para iniciar as sessões, a escolha dos processos para compor a agenda ainda é atravessada por imprevisibilidade e falta de transparência. Esse é um aspecto relevante para este trabalho e que será melhor explicitado nos próximos capítulos. Afinal, o que diferencia os processos que são efetivamente submetidos para julgamento dos demais processos que já foram liberados pelos relatores, mas que ainda não entraram na agenda do dia?

Esse questionamento revela um ponto nevrálgico desta pesquisa. O aspecto principal que envolve o uso do poder de agenda é que não há critérios para balizar o procedimento de inclusão dos processos que tramitam no órgão na pauta de julgamento para deliberação dos ministros. A concentração do poder de agenda, sem parâmetros normativos legais ou regimentais para conduzir o exercício dessa atribuição, faz com que o manejo dos processos da pauta possa ocorrer de acordo com critérios exclusivos do ministro que ocupa a presidência do órgão. Segundo Esteves (2020, p. 135):

Os dois últimos presidentes do Supremo, por exemplo, adotaram estratégias próprias para a elaboração da pauta. A ministra Cármen Lúcia se reunia de forma recorrente

com presidentes de tribunais, para discutir temas que seriam comuns a todos eles. Além disso, deu início à prática de divulgação das pautas de julgamento com antecedência mensal (BRASIL, 2017). Dias Toffoli, por sua vez, ampliou para seis meses a antecedência na divulgação dos processos que seriam julgados pelo plenário, e em algumas oportunidades priorizou o julgamento de questões que também estavam colocadas no Congresso [...].

Em outras palavras, o presidente do Tribunal tem a possibilidade de controlar a pauta de acordo com os seus interesses e o seu próprio juízo acerca do momento mais adequado para se decidir sobre determinado tema, e o faz sem qualquer fundamentação. Resultado disso é que, na prática, a agenda do Tribunal está sujeita ao juízo de oportunidade e conveniência – ou mesmo arbítrio – do ministro que ocupa a cadeira da presidência. Esse não é um aspecto irrelevante. Pelo contrário, existem sérios desdobramentos desse fato. Para Arguelhes, por exemplo, “[o] preço dessa liberdade é a eterna desconfiança pública quanto aos cálculos e às estratégias por trás da formação da pauta” (2017, p. 154).

Mas será que a simples ausência de regras expressas autoriza o presidente a agir de acordo com as suas próprias inclinações? Seria concebível a ideia de que, na ausência de parâmetros normativos, o presidente possa fazer somente o que ele entende como mais adequado? Os capítulos 3 e 4 deste trabalho pretendem dar conta de tais questionamentos.

A ausência de critérios objetivos para a definição da pauta é objeto de críticas até mesmo de ministros que integram o próprio STF. O ministro Marco Aurélio, em entrevista concedida à *BBC News Brasil*, em 2019, por exemplo, afirmou que questões políticas estariam interferindo na confecção da pauta de julgamento do órgão. Avaliando a situação, o ministro considerou a situação como algo negativo, dando a entender que a formação da pauta ocorria mais de forma individual e, não, institucional. Na ocasião, o ministro disse que: “[n]a minha época, quando eu estive na direção do tribunal, a pauta era praticamente confeccionada pelo secretário-geral do pleno”, observando-se, usualmente, a ordem cronológica dos processos.<sup>22</sup>

O ministro Marco Aurélio foi presidente do STF no biênio 2001-2003. Nesse aspecto, o ministro Nelson Jobim, que assumiu a presidência em 2004, afirmou, em entrevista concedida para o projeto “História oral do Supremo (1988-2013)”, ter criado a pauta temática no Tribunal, por meio da qual eram estabelecidos, com alguma antecedência, quais os processos seriam deliberados em cada sessão (FONTAINHA *et al.* 2015, p. 216), evitando surpresas. Além disso, também havia esforço para reunir temas semelhantes na mesma pauta, com auxílio de equipe

<sup>22</sup> Para mais detalhes, conferir entrevista de Mariana Schreiber, publicada em 06/06/2019, disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48549910>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

formada especialmente para essa tarefa. O primeiro processo a ser votado, nessa dinâmica da pauta temática, era o que tinha maior escopo, mais abrangente, de modo que agilizava o julgamento dos que se seguiam, que prescindiam de nova discussão (2015, p. 217-8).

As revelações dos ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim vão ao encontro do que Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira (2012) disseram sobre a pauta temática no STF, sobretudo de que essa prática se deu a partir da gestão do então ministro Nelson Jobim:

Até recentemente, na maior parte das vezes, inexistia maior preocupação com a eventual conveniência e oportunidade da decisão, com o eventual *timing* político da decisão do STF, ou com o impacto da interpretação constitucional além das consequências nas partes processualmente envolvidas. A agenda era uma decisão discricionária da Presidência, que detém ampla margem de liberdade. Esta não era exercida de maneira estratégica e parece ter permanecido como rotina burocrática até a gestão do ministro Nelson Jobim (2004-2006), que modificou esta dinâmica. Normalmente, a inclusão na pauta para julgamento era decidida pela secretaria da Presidência, sem um critério pré-definido, ou então pela relevância das teses jurídicas em questão, a pedido de um ou outro advogado ou ministro. Jobim começou a utilizar outro critério: selecionar para integrar a pauta da sessão, dentre os processos já conclusos para julgamento na secretaria, aqueles que corresponderiam ao momento político-jurídico, sendo que teriam prioridade os casos em que houvesse maior expectativa ou demanda da opinião pública. A partir daí, os sucessivos presidentes buscaram maior sintonia entre agenda do STF e a agenda da opinião pública. (FALCÃO; OLIVEIRA, 2012. p. 445)

O fato é que o poder de definir a pauta é uma faceta importante do quadro de individualização do STF, já que um ministro, no caso o presidente, sozinho, invoca para si o diagnóstico de qual é o tempo mais adequado para que a instituição se pronuncie sobre os temas que são submetidos à sua análise. É um poder condicionado, como visto, já que o relator precisa, primeiro, liberar o voto para julgamento. Nessa linha, é importante fazer uma ressalva acerca da dinâmica do plenário virtual,<sup>23</sup> tendo em vista que, nos casos que são nele julgados, a inclusão em pauta acontece pelo próprio relator, de forma automatizada, atenuando e descentralizando o poder de agenda da presidência do Tribunal.<sup>24</sup>

Por último, é necessário destacar que, da mesma forma discricionária como inclui processos na agenda, o presidente pode retirar processos da pauta, também sem fundamentar a escolha. Existem vários exemplos de processos que são retirados de pauta, por vezes até mesmo na véspera da sessão em que seriam apreciados, sem que as razões para tal decisão estejam

<sup>23</sup> Para uma análise de características do plenário virtual, ver: GOMES, Juliana. Opacidade do plenário virtual, Zika e censura nas escolas: obstáculo ou estratégia? *JOTA*. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/opacidade-plenario-virtual-zika-censura-escolas-12052020>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

<sup>24</sup> Com as recentes ampliações acerca do que pode ser examinado no plenário virtual, existem dúvidas se isso significaria um esvaziamento do poder de agenda do presidente. Para uma discussão a esse respeito, ver: BARBOSA; ESTEVES, 2021.

disponíveis, claras e ao alcance da sociedade e, nem mesmo, das partes que integram a relação processual.

Esse é o caso, por exemplo, do Recurso Extraordinário nº 635.659, no qual é discutida a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 23/08/2006. O referido dispositivo, em síntese, tipifica como crime o porte de drogas para consumo pessoal.<sup>25</sup> O processo, que foi autuado no STF em 22/02/2011, começou a ser julgado em 2015. Interrompido por um pedido de vista do então ministro Teori Zavascki, os autos foram devolvidos para julgamento pelo ministro Alexandre de Moraes, que o sucedeu, em 23/11/2018.

O então presidente do Tribunal, ministro Dias Toffoli, chegou a pautar o processo para o dia 05/06/2019, tendo sido excluído do calendário de julgamento em 30/05/2019. Depois disso, o processo foi novamente incluído em pauta, para o dia 06/11/2019. No entanto, dias antes da sessão ocorrer, o processo foi mais uma vez excluído do calendário de julgamento pelo presidente, em 28/10/2019, sem qualquer explicação dos motivos – nem mesmo não jurídicos – que o teriam levado a tomar aquela decisão, ganhando destaques nos jornais.<sup>26</sup>

Em maio de 2021, o caso voltou a ser manchete de jornal precisamente pela atuação da presidência no controle de seu tempo de julgamento. Segundo reportagem de Carolina Brígido (2021), o ministro Luiz Fux, que assumiu a presidência ao final de 2020, manteria o processo longe da pauta, para evitar desgastes com o presidente da República. Até a redação deste texto, o processo não havia sido novamente incluído na agenda do Tribunal e permanece sem solução.

O poder de agenda da presidência do STF não pode ser ignorado.

---

<sup>25</sup> O *caput* do artigo é redigido nos seguintes termos: “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: [...]” (BRASIL, 2006).

<sup>26</sup> A decisão do ministro Dias Toffoli foi repercutida nos jornais, por ter ocorrido logo depois de encontros do ministro com lideranças políticas do país. Nesse sentido, ver: ROSSI, Marina (2019).

## 2 A AGENDA DA PRESIDÊNCIA EM CENA

Há quem diga que o poder de decidir o que não julgar é significativo para o sucesso de tribunais que se pronunciam sobre questões constitucionais controversas, sejam eles supremas cortes ou tribunais constitucionais (FONTANA, 2011). Sucesso, neste caso, entendido como a habilidade de ter suas decisões implementadas, assim como sua legitimidade e relevância política respeitadas (2011, p. 625). Segundo Fontana, decidir o que não julgar é uma prática institucional comum (2011, p. 626), podendo ser verificada em vários tribunais ao redor do mundo. A possibilidade de decidir o que julgar poderia blindar os tribunais, por exemplo, de dar respostas acerca de questões sensíveis em momentos de acentuada polarização, evitando os desgastes e conflitos políticos que poderiam decorrer de um provimento nessas circunstâncias.

Em se tratando do STF, o filtro da repercussão geral seria uma decisão sobre o que não julgar, nos termos propostos por Fontana (2011). Recursos extraordinários podem não ser conhecidos pelo Tribunal caso dois terços de seus membros entendam que a controvérsia não atende ao requisito da repercussão geral, isto é, não exorbite os interesses subjetivos do processo. A repercussão geral é um mecanismo formal, incluído na Constituição de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e que está disciplinado no Código de Processo Civil.

É importante ressaltar que esse filtro é previsto apenas para a competência recursal extraordinária do órgão, inexistindo qualquer possibilidade de o STF decidir o que julgar em relação a ações de controle abstrato: preenchidos os requisitos formais para a propositura da ação, o Tribunal, depois de promovida a devida instrução processual, deve se manifestar sobre a questão constitucional a ele submetida. Esse aspecto é muito relevante para o desenvolvimento do capítulo, pois permite compreender a extensão do poder de agenda da presidência diante de casos de controle concentrado de constitucionalidade.

Entender o poder de decidir o que julgar como algo que reflete no sucesso de tribunais faz parte de uma chave de leitura possível quando se examina as teorias de comportamento judicial, sobretudo em sua dimensão estratégica, encarando os juízes como atores que se valem de cálculos estratégicos para balizar sua atuação e decisões.<sup>27</sup> No capítulo anterior, a pretensão de contextualizar o STF se valeu em grande medida dessa literatura que parte de um olhar mais

---

<sup>27</sup> Para um estudo sobre comportamento estratégico no Supremo Tribunal Federal, conferir: ARAÚJO, Mateus (2017).

descritivo sobre como funciona o Tribunal, fazendo interseções entre as áreas de estudo da Ciência Política e do Direito. Para os fins propostos nesta pesquisa, contudo, deve-se trilhar um caminho diferente, sem prejuízo da mobilização de conhecimentos relevantes produzidos pela análise do comportamento estratégico judicial que se mostraram úteis para o desenvolvimento do trabalho.

Como reconheceu Fontana (2011, p. 634), existem perigos decorrentes de se decidir o que não julgar, já que essa é uma ação que diz respeito muito mais a um cálculo político, sendo pouco limitada pelo direito. De tais considerações, é possível extrair algumas reflexões relevantes para o tema do poder de determinar a pauta de julgamento. Se o problema da orientação política do exercício do poder de não decidir já é uma questão que existe mesmo em se tratando de um procedimento formal e previamente desenhado para esse fim, de forma institucional e colegiada, ele ganha contornos ainda mais tormentosos quando é exercido informal e individualmente. Como visto no capítulo anterior, o STF desenvolveu mecanismos informais para controlar o tempo de suas decisões, sendo este o caso do uso que o presidente do Tribunal pode fazer de seu poder de agenda.

Para avançar nas repercussões normativas desse poder de agenda, no entanto, é útil apresentar um caso concreto cujo exame, espera-se, permitirá perceber com mais clareza o poder que a presidência do STF concentra em suas mãos – e a análise de seus reflexos para o papel institucional a ser desempenhado pelo Tribunal. É de se destacar, contudo, que selecionar casos para evidenciar tal poder da presidência é tarefa difícil por, pelo menos, duas razões que estão relacionadas: uma delas é o grande acervo de casos a ser julgado pelo STF; a outra é a ausência de justificativa acerca de quais são os processos que entram ou saem da pauta.

Como disse Thomaz Pereira (2018, p. 279), “[...] um dos principais empecilhos para que o tribunal seja responsabilizado por sua demora em se pronunciar sobre qualquer caso individual que compõe esse acervo é a própria existência coletiva deste mesmo acervo”. Poder-se-ia pensar que um processo não foi pautado porque existiam outros na fila. Mas esse quadro é agravado, por exemplo, quando não são fornecidas justificativas ou razões para retirar um processo da pauta. Por que a presidência assim o fez? Teria sido apenas em razão do acervo? Selecionar um caso em que se possa afirmar, com segurança, que ele foi incluído ou não na agenda por escolha deliberada do presidente não é tarefa fácil.

A escolha do caso concreto que será aqui apresentado tem a ver com a riqueza de informações sobre a atuação da presidência, assim como de seus reflexos, tanto no âmbito do

próprio Tribunal quanto na esfera do Legislativo. A abundância de informações sobre os processos envolvendo a chamada “prisão em segunda instância” foi viabilizada pela ampla repercussão do tema na mídia e na sociedade, intensificada pela possibilidade de prisão do ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, o que ocorreu “[...] em meio às paixões políticas e com as eleições de 2018 batendo à porta” (RECONDO; FALCÃO, 2018a).

## 2.1 A execução provisória da pena privativa de liberdade na pauta do STF

A Constituição de 1988 assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, nos termos do inciso LVII do art. 5º do texto, consagrando o princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico (BRASIL, 1988). Ponto nevrálgico, contudo, é a interpretação desse dispositivo: o início da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado de decisão condenatória viola o referido direito fundamental? Desde 1988, o STF respondeu a essa pergunta de maneiras diferentes.

“Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição de 1988, o tribunal, baseado em uma controversa analogia entre recurso extraordinário e *habeas corpus*, aceitava a prisão antes do trânsito em julgado” (SILVA, 2021, p. 252). Isso acontecia pelo fato de o recurso extraordinário não possuir efeito suspensivo, de modo que a decisão recorrida produzia seus efeitos mesmo que a matéria ainda estivesse pendente de exame pelo STF. Esse entendimento, no entanto, foi superado em 2009.

Nos autos do *Habeas Corpus* (HC) nº 84.078, o plenário do STF, em 05/02/2009, concedeu a ordem pleiteada pelo paciente, para que ele pudesse aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença que o havia condenado. Naquela oportunidade, a maioria do Tribunal acompanhou o voto proferido pelo relator, o então ministro Eros Grau, para reconhecer que a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão violaria o disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição de 1988. Nesse sentido, um trecho do voto condutor parece ilustrar o posicionamento adotado:

Apenas um desafeto da Constituição - lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor - apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição. (BRASIL, 2009, p. 1057-8).

A impossibilidade da execução provisória da pena não ficou circunscrita ao âmbito jurisprudencial. Assim é que o legislador, por meio da edição da Lei nº 12.403, de 04/05/2011, conferiu nova redação ao art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) e introduziu no sistema penal a regra de que ninguém poderia ser preso, salvo: (a) em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; (b) em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado; ou, então, (c) no curso da investigação ou do processo, em razão de prisão temporária ou prisão preventiva.<sup>28</sup>

A decisão legislativa conferiu densidade normativa ao dispositivo constitucional. Se, apenas pela redação do inciso LVII do art. 5º da Constituição de 1988, havia dúvidas acerca da possibilidade de se executar a pena privativa de liberdade antes mesmo do trânsito em julgado da decisão condenatória, com o provimento legislativo qualquer questionamento a esse respeito parecia não fazer mais sentido. Afinal, o legislador foi claro: somente a sentença condenatória não mais sujeita a impugnação poderia motivar a prisão. Nessa perspectiva, a reforma do CPP serviu para estancar as controvérsias jurisprudenciais e as mudanças de entendimento que circundaram o tema ao longo dos anos, cumprindo com as exigências de certeza do direito e de segurança jurídica intentadas pela positivação de regras.

Nada obstante, o STF decidiu revisitar a matéria poucos anos depois, em fevereiro de 2016, no auge do combate à corrupção que se instaurou no país com ampla repercussão dos veículos de comunicação (RODRIGUES; ARANTES, 2020). No julgamento do HC nº 126.292, de relatoria do então ministro Teori Zavascki, o STF afirmou que a execução provisória da pena após decisão condenatória proferida em grau de apelação não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência. No entanto, o Tribunal nada disse sobre a decisão legislativa consubstanciada na redação do art. 283 do CPP.

No percurso argumentativo adotado pelo relator, tentou-se resgatar a jurisprudência que prevaleceu no Tribunal até 2009, acrescentando argumentos pragmáticos que diziam respeito à própria efetividade da função jurisdicional. Havia preocupação entre os ministros com a interposição de recursos protelatórios e a eventual prescrição da pretensão punitiva do Estado que eles poderiam desencadear, como é possível constatar pela leitura do acórdão (BRASIL,

---

<sup>28</sup> A exata redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, ao art. 283 do CPP foi a seguinte: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (BRASIL, 2011).

2016). Os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski divergiram. Mas a maioria do Tribunal consentiu com a proposta do relator. E assim o fizeram a despeito da decisão legislativa que havia sido tomada em 2011, sobrepondo-se a ela.

Aqui vale um destaque sobre o tempo de cada uma dessas decisões, o que foi capturado por Rodrigues e Arantes (2020) e que pode contribuir com a contextualização dos fatos. Os autores apontaram que o tempo para incluir a ação, julgada em 2016, na pauta foi substancialmente menor – apesar de não haver urgência para tanto, em razão de o paciente estar em liberdade e da ausência de risco de incidência de prescrição (RODRIGUES; ARANTES, 2020, p. 31) – em se comparando com o da ação julgada em 2009, o que não descartaria o uso discricionário do poder de agenda nos dois casos:

Enquanto o HC1 [HC nº 84.078, julgado em 2009] levou quase cinco anos para ser julgado pelo Plenário, o HC2 [HC nº 126.292, julgado em 2016] foi julgado em um ano. É importante observar que o HC 1 levou três anos e quatro meses para ser pautado depois de afetado ao plenário, enquanto o HC 2 levou apenas dois meses. A ministra Rosa Weber declarou-se inclusive surpresa no início do seu voto no HC2: “este habeas corpus não estava previsto com maior antecedência para a pauta de hoje, e não tive condições de me debruçar sobre o tema com o cuidado e atenção que estava a merecer”. Em se tratando de HC, todavia, um prazo tão dilatado para pautar o julgamento, como ocorreu no primeiro caso, pode refletir igualmente o uso do poder de agenda para selecionar processos capazes de ensejar o resultado que se quer alcançar. (RODRIGUES; ARANTES, 2020, p. 30-31).

Outro aspecto relevante e necessário para a contextualização é que no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246, em novembro de 2016, interposto pela defesa do mesmo paciente do HC nº 126.292, o STF reafirmou, em regime de repercussão geral,<sup>29</sup> o entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório antes do trânsito em julgado não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência. A decisão também foi tomada por maioria, mas, neste caso, o ministro Dias Toffoli manifestou seu entendimento contrário à possibilidade da prisão logo após decisão em segundo grau, passando a integrar o grupo dos vencidos. O resultado disso é que a possibilidade da execução provisória da pena, a partir de então, passou a contar com apenas seis votos favoráveis e cinco contrários, acirrando o placar.

Voltando ao caso, o novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal não passou despercebido. Em meados de 2016, poucos meses depois da decisão no HC nº 126.292, foram ajuizadas duas ações de controle concentrado de constitucionalidade para tratar do tema:

<sup>29</sup> Ver a tese de repercussão geral nº 925 fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) apresentada pelo então Partido Ecológico Nacional e outra ação de mesma natureza pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, distribuídas, respectivamente, sob o nº 43 e nº 44. A pretensão dos requerentes era para que fosse declarada a constitucionalidade do art. 283 do CPP. Em ambas as ações, os autores requereram medidas cautelares para impedir execuções antecipadas de penas de prisão, as quais foram indeferidas pelo Tribunal.

O manejo da ação de controle abstrato, que possui a finalidade de assentar a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, teria como resultado afastar as incertezas causadas, neste caso, pelo enfrentamento entre os poderes Judiciário e Legislativo para a definição do alcance do texto constitucional. Afinal, se o art. 283 estava em consonância com a Constituição, a execução da pena só poderia ocorrer após o trânsito em julgado. E, além disso, a decisão em controle abstrato teria efeitos *erga omnes* e vinculante.<sup>30</sup> Nesse sentido:

[...] ajuizar uma ADC pode fazer sentido em certas circunstâncias, especialmente porque o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade inclui não apenas um controle concentrado e abstrato, mas também um controle difuso e concreto. Diante disso, a ADC pode ser considerada um instrumento de centralização forçada desse controle. Como todo e qualquer juiz e juíza pode recusar a aplicação de uma lei a um caso concreto se a considerar inconstitucional, pode ocorrer – e com frequência ocorre – que uma lei seja aplicada por alguns juízes, mas não por outros. (SILVA, 2021, p. 585).

Na petição inicial da ADC nº 44, por exemplo, foi expresso que, na decisão proferida no HC nº 126.292, “[...] o Plenário do Supremo Tribunal Federal simplesmente silenciou a respeito do disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, instalando uma aporia no sistema constitucional de garantias que ameaça a segurança jurídica”, tendo em vista que tribunais em todo o país teriam passado a adotar o mesmo entendimento sem que, para tanto, afastassem a incidência do art. 283 do CPP – o qual, ressalta-se, permanecia válido.

Em verdade, mesmo depois das referidas decisões terem sido prolatadas pelo plenário do STF, o entendimento em relação ao tema ainda parecia oscilar no próprio Tribunal, o que pode ser constatado em decisões individuais proferidas por determinados ministros. O ministro Gilmar Mendes, por exemplo, sinalizou, em meados de 2017, que o Tribunal poderia rever a possibilidade da execução provisória da pena, manifestando a tendência de ele próprio acompanhar o posicionamento do ministro Dias Toffoli, para considerar que a execução da pena

---

<sup>30</sup> Os efeitos vinculantes têm a ver com a autoridade das decisões, enquanto o efeito *erga omnes* diz respeito à sua abrangência, isto é, produz efeitos para além das partes envolvidas no processo. Nesse sentido, cf. SILVA, 2021, p. 590-594.

só seria possível depois de decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e não apenas da decisão em segunda instância (TEIXEIRA, 2017a; JORNAL NACIONAL, 2017).

O ministro Gilmar Mendes não só sinalizou sua preferência diante das câmeras, como também chegou a conceder medidas cautelares em *habeas corpus* para suspender o início da execução provisória de pena em casos de sua relatoria (TEIXEIRA, 2017b; RICHTER, 2018). É evidente que essa postura corroborava e contribuía ainda mais para o cenário de insegurança aventado pelos autores da ADC nº 44, criando problemas de previsibilidade. Afinal, qual era o entendimento a ser observado?

Nesse cenário, com a sinalizada mudança de posicionamento de Gilmar Mendes, o STF poderia ter nova maioria formada, agora para considerar a impossibilidade da execução antecipada da pena de prisão, ou seja, para reverter o entendimento assentado em 2016.<sup>31</sup> Isso, é claro, considerando que todos os demais ministros mantivessem o posicionamento que já tinham manifestado acerca do tema.<sup>32</sup> O julgamento da ADC nº 43 e nº 44, portanto, parecia fundamental para a solução das indefinições jurídicas existentes. A solução definitiva da matéria pelo Tribunal também era de extrema relevância por ter repercussão direta na crise do sistema carcerário brasileiro, que atinge de forma desproporcional e desigual diferentes parcelas da população.<sup>33</sup>

Afinal, a opção feita pelo legislador, plasmada no art. 283 do CPP, estava ou não em consonância com a Constituição de 1988? O STF precisava dizê-lo, até porque, naquele momento, havia um dispositivo legal deixando de ser aplicado a casos concretos sem que fosse declarada sua inconstitucionalidade, desrespeitando a lógica da presunção de constitucionalidade das leis.

Autuadas e distribuídas, a relatoria das sobreditas ações abstratas ficou sob a responsabilidade do ministro Marco Aurélio, que as liberou para julgamento em 05/12/2017. A partir desta data, dependia da ministra Cármen Lúcia, que era a então presidente do Tribunal, no exercício de seu poder de agenda, incluir os processos na pauta de julgamento do plenário.

A solução dos casos logo ganhou um novo ingrediente. Em fevereiro de 2018, a defesa do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva impetrou o HC nº 152.752 no STF,

---

<sup>31</sup> Nesse sentido, cf. RECONDO; FALCÃO, 2018b.

<sup>32</sup> O ministro Alexandre de Moraes tomou posse em 2017 e ainda não havia manifestado oficialmente seu posicionamento sobre a questão, mas, segundo apurado por jornalistas, ele já teria sinalizado possuir a mesma posição de seu antecessor, ministro Teori Zavascki (G1, 2018a).

<sup>33</sup> Para informações sobre o perfil da população carcerário brasileira, cf. ALMEIDA; MARIANI. 2018.

para que fosse garantido ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da decisão que o havia condenado. O relator do HC, ministro Edson Fachin, indeferiu a medida liminar pleiteada pelo paciente, em 09/02/2018, sob o fundamento de que o ato contra o qual ele havia se insurgido não traduzia violação à jurisprudência do STF.

Além disso, o relator, com amparo em dispositivo regimental,<sup>34</sup> afetou a matéria ao plenário, em razão da pendência de julgamento do mérito das ADC nº 43 e nº 44, já que a tese jurídica discutida no HC também dizia respeito à possibilidade de execução criminal depois de decisão em segunda instância. Conforme consta dos andamentos do processo, disponível no endereço eletrônico do STF,<sup>35</sup> o relator liberou o feito para inclusão em pauta já em 09/02/2018.

Portanto, a partir da referida data, também dependia da ministra Cármen Lúcia, no exercício de seu poder de agenda, incluir o processo na pauta de julgamentos. Em resumo, sobre a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, havia três processos que discutiam a matéria nas mãos da presidência: duas ações de controle abstrato, as quais, portanto, não possuíam um caso concreto subjacente e poderiam estancar as dúvidas sobre a questão, com efeitos vinculantes e *erga omnes*; e um *habeas corpus*, que é um instrumento para proteger a liberdade individual, no qual, portanto, estava-se discutindo um caso específico, do qual a decisão não teria, em tese, efeito vinculante a casos futuros.

A gestão de Cármen Lúcia estava no centro das atenções. Mas a verdade é que, antes mesmo de o ministro Marco Aurélio liberar as ADCs para julgamento, já se noticiava que a ministra não pretendia incluir na pauta nenhuma ação que tratasse de execução provisória da pena até o fim de seu mandato (CASADO, 2017). Em janeiro de 2018, portanto logo depois de as ações de relatoria de Marco Aurélio serem liberadas, a ministra teria reforçado que não colocaria a discussão em pauta (LOSEKANN, 2018). Mas, por qual razão?

Em entrevista concedida em março de 2018 para o Jornal das Dez, da emissora *GloboNews*, Cármen Lúcia afirmou que não enxergava motivos para o Tribunal revisitar a matéria, de maneira abstrata, para mudar o entendimento que havia sido estabelecido em repercussão geral em 2016 (G1, 2018b). Segundo ela, não teria ocorrido mudança significativa

---

<sup>34</sup> O art. 22 do RISTF foi citado pelo relator para fundamentar sua decisão de afetar a matéria ao plenário, que assim dispõe: “Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. *Parágrafo único.* Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.” (BRASIL, 2020).

<sup>35</sup> Acessível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acesso em: 31 jul. 2021.

na composição do Tribunal e nem nos dados que a levariam a pautar as ações. Questionada sobre a possibilidade de o tema voltar a julgamento sem ser pautado, a ministra destacou o seu entendimento de que, caso isso ocorresse,<sup>36</sup> a decisão só valeria para o processo específico, adstrita às peculiaridades do caso concreto, sem alterar a jurisprudência. Na oportunidade, ela sinalizou que não cederia em relação à sua decisão acerca de discutir a matéria em abstrato, reforçando que as ações declaratórias de constitucionalidade relatadas pelo ministro Marco Aurélio não entrariam na pauta (G1, 2018b).

A postura de Cármen Lúcia gerou insatisfação de ministros do próprio Tribunal. A ministra sofreu pressão para pautar as ações por parte de seus colegas, evidenciando conflitos internos no STF (RECONDO; FALCÃO, 2018c; BERGAMO; TUROLLO JR.; CASADO, 2018; POMPEU, 2018). A postura de Cármen Lúcia também fez com que o poder da presidência de definir a pauta repercutisse para além dos muros da instituição.

As cobranças para pautar as ações também vieram de fora: senadores, por exemplo, cobravam em sessões oficiais que o STF se pronunciasse sobre o tema (SENADO NOTÍCIAS, 2018a). E todas essas movimentações estavam sendo amplamente repercutidas na mídia, intensificadas pelo fato de que, direta ou indiretamente, influenciavam na possibilidade da prisão do ex-presidente Lula, que também liderava as pesquisas para as eleições presidenciais de 2018 (RECONDO; FALCÃO, 2018c).

A despeito desse cenário, em evento realizado pelo jornal Folha de São Paulo, em março de 2018, Cármen Lúcia, ao responder sobre como lidava com a pressão para pautar a questão da prisão após decisão em segunda instância, afirmou que não se submetia a pressão (FOLHA DE S. PAULO, 2018a). Assim é que, no exercício de seu poder de agenda, manteve firme seu posicionamento e, seguindo suas próprias preferências, não pautou as ações de controle de constitucionalidade para apreciação do colegiado até o fim de seu mandato como presidente do Tribunal, em setembro de 2018.

---

<sup>36</sup> Na entrevista, a ministra Cármen Lúcia disse que a matéria poderia chegar ao plenário, por exemplo, por meio de *habeas corpus*, tendo em vista que, nestes casos, haveria previsão expressa no CPP de julgamento da ação na primeira sessão que ocorresse depois de o feito ser liberado pelo relator, o que, portanto, não dependeria da pauta da presidência. Essa parece ser uma questão controvertida, diante, por exemplo, dos achados de Rodrigues e Arantes (2020) em relação ao tempo que o HC nº 84.078 levou para ser julgado em comparação com o HC nº 126.292, conforme exposto linhas atrás: o HC nº 84.078, por exemplo, levou três anos e quatro meses para ser pautado depois de sua afetação ao colegiado. Além disso, o ministro Fachin, nos autos do HC nº 152.752, ao conhecer do pedido de aditamento realizado pela defesa do paciente, afirmou que não caberia a apresentação em mesa do *habeas corpus*, que já havia sido liberado para julgamento, cabendo à presidência incluí-lo em pauta.

No entanto, a matéria voltou ao plenário por meio do HC impetrado pelo ex-presidente Lula, incluído pela presidente na pauta de julgamento do dia 22/03/2018. O julgamento se iniciou na referida data, mas somente foi concluído em 04/04/2018, quando o Tribunal, por maioria apertada de votos, denegou a ordem ao paciente. Como previsto pela ministra Cármen Lúcia na entrevista concedida semanas antes (G1, 2018b), a solução do caso concreto não modificou o entendimento até então prevalecente. Como já havia sinalizado anteriormente, o ministro Gilmar Mendes votou pela impossibilidade da execução da pena de prisão após decisão em segundo grau, o que, mantidos os demais posicionamentos, seria suficiente para reverter o placar estabelecido em 2016.

Naquela oportunidade, contudo, a ministra Rosa Weber, mesmo contrária à execução provisória da pena, votou por denegar a ordem requerida. Com base em interpretação do princípio da colegialidade,<sup>37</sup> a ministra adotou a mesma postura que vinha aplicando aos casos concretos distribuídos à sua relatoria, mantendo a sua deferência ao entendimento outrora firmado pela maioria do Tribunal em repercussão geral. Em seu voto, a ministra deixou claro seu posicionamento sobre a matéria, mas entendeu que o tema deveria ser revisitado em controle concentrado de constitucionalidade e, não, diante de um caso concreto, o que pode ser verificado no seguinte trecho:

[...] não tenho como reputar ilegal, abusivo ou teratológico, acórdão que, forte nesta compreensão do próprio Supremo Tribunal, rejeita a ordem de habeas corpus, independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressalvado o meu ponto de vista a respeito, ainda que, repito, o Plenário seja sem dúvida o locus apropriado para revisar tais temas. Hoje, todavia, não estão em julgamento as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, nas quais, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o tema se põe - no mérito ainda pendente de apreciação por este Plenário-, diante do pedido de declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, de seguinte teor [...] (BRASIL, 2018, p. 206).

Dessa forma, em relação ao mérito do *habeas corpus*, votaram pela denegação da ordem os ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia, totalizando seis votos. Pela concessão da ordem e, portanto, pela impossibilidade de se executar a pena privativa de liberdade logo depois da condenação em

---

<sup>37</sup> A ministra recebeu diversas críticas pelo posicionamento adotado. Nesse sentido, cf. STRECK, Lenio Luiz; MEYER, Emilio Peluso. O HC de Lula – maioria transformada em minoria: a “colegialidade” em ação!. Consultor Jurídico (CONJUR), 5 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/opiniao-hc-lula-maioria-transformada-minoria>>. Acesso em: 30 ago. 2018; MENDES, Conrado Hubner. Colegialidade solitária. Revista Época, 13 de abril de 2018. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/politica/Conrado-Hubner/noticia/2018/04/colegialidade-solitaria.html>>. Acesso em: 23 out. 2018. Ver também: CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur de Castillo Macedo. O processo pelo processo: ou Kafka e o voto da ministra Rosa Weber. JOTA, 9 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/kafka-voto-ministra-rosa-weber-09052018>>. Acesso em: 23 out. 2018.

segundo grau de jurisdição, votaram os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, totalizando cinco votos. O entendimento fixado em 2016 permanecia inalterado pelo plenário, mas a tendência era de que, com o julgamento das ações abstratas, o STF se posicionasse pela impossibilidade da execução provisória da pena.

Quando as ações abstratas seriam julgadas e, por conseguinte, quando o STF se manifestaria pela impossibilidade execução provisória da pena, no entanto, era imprevisível: dependia da vontade da presidência. A deferência à decisão legislativa que havia sido tomada em 2011 dependia da vontade da presidência. Pessoas permaneceriam encarceradas – inconstitucionalmente, poder-se-ia dizer, já que havia maioria esboçada para declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP – até que a presidência decidisse colocar a matéria em discussão.

E, naquela altura, a insatisfação de outros ministros estava declarada, lançando luzes sobre o quadro de individualização do STF, onde, por vezes, o poder individual se sobrepõe ao colegiado, sem mecanismos institucionais capazes de remediar a situação. Depois do voto da ministra Rosa Weber no HC impetrado pelo ex-presidente da República, por exemplo, Marco Aurélio exclamou: “[e]m síntese, Presidente, e que isto fique nos anais do Tribunal: vence a estratégia, o fato de Vossa Excelência não ter colocado em pauta as declaratórias de constitucionalidade. É esta a conclusão” (BRASIL, 2018, p. 219).

A opção da ministra Cármen Lúcia por pautar um *habeas corpus* no qual se discutia a mesma matéria que nas ações de controle concentrado que já tinham sido liberadas pelo relator, deixando estas fora da pauta, revelou-se prejudicial à colocação do debate em sua total extensão. A maioria do plenário se manteve adstrita ao caso concreto. A indicação de que houve prejuízo à deliberação foi corroborada pelo fato de que, ao finalmente julgar as ações de controle concentrado – em novembro de 2019, portanto, quase dois anos depois de terem sido liberadas pelo relator, o STF se posicionou, por maioria, contra a execução provisória da pena (BRASIL, 2019).

Até a decisão final, no entanto, muitos desdobramentos ainda iriam ocorrer. Até porque a escolha feita pela presidência não foi capaz de afastar as incertezas que permeavam a discussão. Pelo contrário, a fragilidade do entendimento até então prevalecente causava, naquele momento, mais insegurança e dúvidas. Tanto é que, após o julgamento do HC nº 152.752, o Partido Comunista do Brasil (PC do B) ajuizou, em abril de 2018, uma nova Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 54), com pedido de liminar, também visando à

declaração da constitucionalidade do art. 283 do CPP, que foi distribuída por prevenção ao ministro Marco Aurélio.

Para que o pedido liminar pleiteado na referida ação fosse analisado pelo colegiado, o relator liberou o feito para que fosse incluído em pauta. A liberação ocorreu no dia 19/04/2018. Sem espaço na agenda da presidência de 2018, o ministro Marco Aurélio decidiu agir individualmente. Assim é que, na véspera do recesso forense, em 19/12/2018, o relator deferiu a medida cautelar, reconhecendo a compatibilidade do art. 283 do CPP com a Constituição de 1988, para determinar a suspensão da execução das penas cujas decisões ainda não tinham transitado em julgado.

Ato contínuo, os efeitos da decisão monocrática do ministro Marco Aurélio foram suspensos pelo presidente do Tribunal até que o colegiado apreciasse a matéria, inaugurando mais um episódio de conflito entre os ministros, sobrelevando as figuras individuais em detrimento da instituição, e acirrando as incertezas sobre a definição da matéria em discussão.

Como dito linhas atrás, a gestão de Cármen Lúcia se encerrou em setembro de 2018 e o julgamento das ações abstratas sobre a constitucionalidade do art. 283 do CPP só foi concluído em novembro de 2019. Dias Toffoli, que sucedeu a ministra Cármen Lúcia, também usou de sua discricionariedade para adiar a discussão. Antes mesmo de assumir a presidência do órgão,<sup>38</sup> o ministro sinalizou a possibilidade de pautar o julgamento da execução provisória da pena somente a partir de março de 2019.

Segundo noticiado, ele teria revelado querer aguardar pelo menos um ano para recolocar a matéria para deliberação: “[s]egundo o blog apurou, sempre que perguntado sobre isso, Toffoli descarta a possibilidade de pautar o tema neste ano. Repete que pretende esperar o caso do habeas corpus do ex-presidente Lula completar um ano para “mexer” neste assunto novamente” (SADI, 2018).

A explicação do prazo de um ano, que teria sido estabelecido como um marco para o ministro, contudo, não encontrava qualquer amparo normativo. Por que esperar um ano? Sem acesso às possíveis razões que levaram o ministro a querer observar tal prazo, resta a suposição de que, na verdade, era apenas uma vontade do presidente do Tribunal aguardar aquele prazo.

---

<sup>38</sup> O ministro tomou posse na presidência do STF em 13/9/2018.

As ADCs, finalmente, foram incluídas pelo ministro Dias Toffoli na pauta do dia 10/04/2019,<sup>39</sup> mas acabaram sendo retiradas da agenda dias antes da sessão em que seriam apreciadas, coincidindo com o pedido de adiamento do julgamento formulado do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (MIGALHAS, 2019). Depois disso, foram novamente incluídas em pauta, dessa vez para o dia 17/10/2019, data em que o julgamento efetivamente se iniciou.

As ações integraram as pautas dos dias 17, 23 e 24 de outubro e, também, do dia 07 de novembro de 2019, quando o Tribunal, por maioria, julgou procedentes as ações para assentar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, afastando a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. A ementa do acórdão recebeu a seguinte redação:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. (BRASIL, 2019).

Em se tratando de relação interinstitucional, isto é, da relação entre o STF com os demais órgãos que exercem o poder político, há um fato curioso que ocorreu durante o julgamento das ADCs, logo antes que o resultado fosse proclamado. O ministro Dias Toffoli, dias antes da retomada do julgamento das ações, para aquela que viria a ser a derradeira sessão, encaminhou ofícios aos presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, com uma sugestão de proposta legislativa (BRÍGIDO, 2019), possivelmente em uma tentativa de mitigar os impactos da decisão que se avizinhava. E evidenciando, em alguma medida, afinidade com os argumentos pragmáticos que diziam respeito à efetividade da função jurisdicional, os quais foram fundamentais para permitir a execução provisória da pena em 2016.

Àquele momento da deliberação, já havia uma tendência clara de o Tribunal se manifestar pela impossibilidade da execução provisória da pena e Dias Toffoli – que, ao final, foi quem proferiu o voto de desempate pela impossibilidade da prisão logo depois da decisão em segunda instância – sabia como votaria. Como noticiado (BRÍGIDO, 2019), o ministro sugeriu aos parlamentares uma alteração no Código Penal, para impedir a fluência de prazo de prescrição enquanto não houvesse decisão sobre recursos extraordinário e especial. Além disso,

---

<sup>39</sup> A inclusão do processo na pauta ocorreu no dia 18/12/2018, um dia antes da decisão monocrática do ministro Marco Aurélio na ADC nº 54.

outro episódio que merece ser relatado é o de que, dois dias antes da última sessão de julgamento das ADCs, Dias Toffoli recebeu um grupo de senadores, que entregaram a ele carta de apoio à manutenção da execução provisória da pena (SENADO NOTÍCIAS, 2019a).

Pela rememoração dos fatos, é possível perceber que a presidência do STF foi capaz de adiar indefinidamente o enfrentamento da constitucionalidade do art. 283 do CPP. Assim, perpetuou no tempo o entendimento acerca da possibilidade da execução provisória da pena, fazendo prevalecer a leitura – provisória, diga-se, pela iminência da mudança do entendimento – do texto constitucional feita pelo STF em detrimento da decisão legislativa que havia sido feita pelos parlamentares.

É importante dizer que as discussões sobre a matéria ocuparam lugar de destaque na política brasileira enquanto perduraram as indefinições pela palavra judicial. As movimentações no Tribunal eram acompanhadas de movimentações por parte de senadores e deputados federais, que também se mobilizavam para tentar dar uma resposta à possibilidade da execução provisória da pena, materializada em projetos de lei (PL) e propostas de emenda à Constituição (PEC). Diante da sinalização de mudança de entendimento por parte dos ministros do STF, a movimentação na esfera legislativa se deu, sobretudo, por parte de atores políticos que pretendiam manter a possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado, ou seja, de parlamentares que pretendiam rever a decisão legislativa consubstanciada na redação do art. 283 do CPP.

Antes mesmo da conclusão do julgamento do HC nº 152.752, por exemplo, o líder de um dos partidos com representação na Câmara dos Deputados, deputado Alex Manente, protocolizou uma proposta de emenda à Constituição para incluir no texto a possibilidade de prisão depois de condenação em segunda instância (RODAS; POMPEU, 2018). A PEC, de nº 410/2018, foi apresentada em 27/03/2018 e tinha como objetivo alterar a redação do inciso LVII do art. 5º da Constituição de 1988. À referida proposta, foi apensada a PEC nº 411/2018, apresentada pelo deputado Onyx Lorenzoni, em 03/04/2018, ou seja, logo antes da conclusão do HC nº 152.752, também visando alterar a redação do sobredito dispositivo constitucional, conforme informações disponíveis sobre a tramitação de projetos de lei e outras proposições no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> As informações sobre a PEC 410/2018 e a sua tramitação podem ser visualizadas no seguinte endereço eletrônico: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170496>>. Acesso em: 15 abr. 2021. Em relação à PEC 411/2018, a consulta pode ser realizada em:

Logo depois do julgamento do HC, o então presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, afirmou que o Congresso deveria assumir responsabilidade para definir o tema, sinalizando ser favorável ao avanço dos debates na Câmara e no Senado, que seriam os locais para se resolver a questão, até mesmo pela divisão existente no próprio STF (FOLHA DE S. PAULO, 2018b). A visão de que o tema deveria ser enfrentado pelo Legislativo, para conferir mais clareza sobre a matéria e garantir segurança jurídica, era também compartilhada por outros líderes partidários (BRITO; MELO, 2018). No entanto, frisa-se, já havia um pronunciamento legislativo no sentido da impossibilidade da execução antecipada da pena.

Em outubro de 2019, dias antes da data marcada para o início do julgamento das ADCs, foi convocada reunião extraordinária da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados, para votação da PEC nº 410/2018, causando polêmica entre os parlamentares, como noticiado pela Agência Câmara de Notícias (BITTAR, 2019). A sessão acabou sendo obstruída pelos partidos de oposição e o exame da proposta não avançou naquela ocasião. Ao rebater críticas, o presidente da CCJ, deputado Felipe Francischini, teria dito que o seu objetivo era garantir segurança jurídica e deu a entender que a decisão pela realização da sessão extraordinária estava relacionada com a decisão do STF que se avizinhava:

Segundo Francischini, seu objetivo, ao pautar a comissão, foi evitar insegurança jurídica. "Eu estou aqui pautando assuntos importantes, para mais uma vez nós não ficarmos esperando uma decisão do Supremo Tribunal Federal que, na minha visão, tem atualmente a decisão acertada pela prisão em segunda instância. Não podemos correr o risco de ter mais de 160 mil presidiários, bandidos, condenados em segunda instância sendo soltos". (BITTAR, 2019).

Ao longo do ano de 2018, a discussão sobre a possibilidade da prisão logo depois da condenação em segunda instância também entrou na pauta do Senado Federal. Por lá, também houve a apresentação de PEC, a de nº 13/2018, de autoria de diversos senadores, para tornar possível a execução da pena após condenação em segundo grau, mas a sua tramitação ficou suspensa em razão da vigência da intervenção federal<sup>41</sup> decretada no Rio de Janeiro (SENADO NOTÍCIAS, 2018b). Também tramitou o PL nº 147/2018, de autoria do senador Cássio Cunha Lima (SENADO NOTÍCIAS, 2018c), apresentado em março de 2018, por meio do qual se pretendia modificar o marco do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, alterando-se a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; assim como o PL nº 166/2018,

---

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170701>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

<sup>41</sup> O § 1º do art. 60 da Constituição de 1988 prevê a impossibilidade de ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (BRASIL, 1988).

apresentado pelo senador Lasier Martins, em abril de 2018, com o objetivo de alterar o art. 283 do CPP, para prever a possibilidade de prisão depois de condenação em segunda instância. Importante dizer que, em fevereiro de 2019, foi apresentada uma nova PEC, de nº 5/2019, por um grupo de senadores, para incluir no texto constitucional a possibilidade da execução provisória da pena.

Essas foram algumas das proposições legislativas que trataram do tema a partir de 2018 e que estavam na pauta dos parlamentares. E, a partir da decisão do STF nas ADCs, em 07/11/2019, a mobilização no Congresso foi ainda mais imediata. Nas semanas que se seguiram à decisão judicial, foram apresentadas diversas propostas sobre o tema, tanto na Câmara como no Senado, conforme informações coletadas por meio de busca de propostas legislativas nos endereços eletrônicos de ambas as Casas Legislativas.<sup>42</sup> Na Câmara, o deputado Alex Manente foi autor de uma nova PEC, a de nº 199/2019, apresentada em 19/11/2019, por meio da qual propunha a alteração da sistemática dos recursos extraordinário e especial, com o objetivo de tornar possível o trânsito em julgado de decisões proferidas em segunda instância e a sua consequente execução imediata.

Na consulta de propostas legislativas no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados, foi possível constatar que foram também apresentados projetos de lei visando a modificação do CPP (PL nº 5935/2019, PL nº 5936/2019, PL nº 5940/2019, PL nº 5948/2019, PL nº 5951/2019, PL nº 5965/2019, PL nº 5972/2019, PL nº 5973/2019, PL nº 6025/2019, PL nº 6067/2019), da Lei de Execução Penal (PL nº 6026/2019) e da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (PL nº 6061/2019). Todas as doze proposições foram apresentadas na Câmara em novembro de 2019, ou seja, no mesmo mês em que o STF exarou sua decisão nas ADCs.

No Senado, em novembro de 2019, foram apresentados os PL nº 5956/2019, PL nº 5958/2019 e PL nº 5954/2019, todos propondo alterações no CPP para permitir a execução da

---

<sup>42</sup> A expressão utilizada para a pesquisa simplificada/rápida foi “prisão em segunda instância”, em ambos os endereços. No caso da Câmara dos Deputados, ainda foram utilizados os seguintes marcadores/tipo da proposição: “PEC - Proposta de Emenda à Constituição”, “PLP - Projeto de Lei Complementar”, e “PL - Projeto de Lei”. Em ambas as buscas, o número de proposições que continham o termo pesquisado foi maior no ano de 2019 em comparação com os demais anos. O resultado da pesquisa no Senado pode ser encontrado em: <<https://www6g.senado.leg.br/busca/?colecão=Projetos+e+Mat%c3%a9rias+-+Proposi%c3%a7%c3%b5es&q=pris%c3%a3o+em+segunda+inst%c3%a2ncia>>. Acesso em: 06 mai. 2021. O resultado da pesquisa na Câmara dos Deputados pode ser encontrado em: <<https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=data&abaEspecificas=true&q=pris%C3%A3o%20em%20segunda%20inst%C3%A2ncia&tipos=PEC,PLP,PL>>. Acesso em: 06 mai. 2021.

pena após decisão em segunda instância, informações estas que também foram encontradas por meio de busca de propostas legislativas no endereço eletrônico do Senado Federal.<sup>43</sup>

Diante desse cenário, com a profusão de proposições legislativas para tratar do mesmo tema, os parlamentares de ambas as Casas Legislativas fizeram acordo, ainda em novembro de 2019, para priorizar a tramitação de uma das propostas:

Em reunião entre líderes da Câmara, do Senado e o ministro da Justiça, Sergio Moro, ficou definido que o Congresso vai dar prioridade à proposta de emenda à Constituição sobre prisão em segunda instância que está na Câmara dos Deputados (PEC 199/2019). Assim, o Senado abre mão de votar o projeto de lei que tem o mesmo objetivo, o PLS 166/2018. O entendimento da maioria dos parlamentares que participaram do acordo, fechado com apoio dos presidentes Davi Alcolumbre, do Senado, e Rodrigo Maia (DEM-RJ), da Câmara, é que a proposta da Câmara é mais ampla e corre menos riscos de ser questionada futuramente no Supremo Tribunal Federal (STF). (SENADO NOTÍCIAS, 2019b).

Como é possível perceber, a atuação do STF interferiu na atividade e na agenda legislativa. O fato de o Tribunal ter decidido ou estar em vias de decidir sobre o tema da execução provisória da pena provocou a movimentação de atores na esfera legislativa. No caso concreto aqui apresentado, foi possível identificar uma mobilização imediatamente subsequente à decisão do STF nas ações declaratórias de constitucionalidade, materializada na apresentação de diversas proposições legislativas. Até a redação deste texto, no entanto, nenhuma dessas propostas que pretendiam autorizar a execução provisória da pena privativa de liberdade havia sido aprovada.

Na verdade, durante essas movimentações de parcela dos parlamentares, o Congresso Nacional chegou a reafirmar a decisão que havia sido tomada em 2011. Isso porque o art. 283 do CPP foi alterado pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. A alteração legislativa, contudo, apenas deixou mais clara a redação do dispositivo, mantendo, expressamente, a hipótese de prisão “em virtude de condenação criminal transitada em julgado”, nestes termos: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado” (BRASIL, 2019).

Essa informação é relevante. O posicionamento do STF que perdurou de fevereiro de 2016 a novembro de 2019, autorizando a execução provisória da pena privativa de liberdade, conflitava com a decisão legislativa tomada em 2011, e também com a maioria legislativa que

---

<sup>43</sup> Ver nota anterior.

reafirmou a decisão em 2019. Dessa constatação, pode ser extraída a conclusão de que o STF, muito em razão de fundamentos pragmáticos, almejando uma atuação jurisdicional mais célere, ignorou por anos os compromissos que tinham sido firmados na arena legislativa e, conseqüentemente, a vontade do legislador, que já havia dado densidade e forma ao princípio da presunção de inocência.

Um aspecto relevante para este trabalho é que o STF não apenas ignorou a decisão legislativa em um primeiro momento – em 2016, por meio de julgamento colegiado –, como foi capaz de sustentar a decisão contrária ao dispositivo legal até o final de 2019, neste caso, fundamentalmente, por meio da atuação individual da presidência do Tribunal, que se absteve de colocar a matéria em pauta.

Em outras palavras, e de maneira sintética, a presidência controlou o momento da deliberação interna, no próprio colegiado, decidindo, segundo suas próprias preferências, quando decidir sobre o tema, assim perpetuando indefinidamente um entendimento que estava fadado a ser revisto pelo colegiado, repercutindo, por consequência, na esfera legislativa.

Como dito no início deste capítulo, é difícil selecionar casos que permitem capturar a extensão e a relevância do poder da presidência em definir a pauta de julgamentos do STF. No entanto, a repercussão causada pela (im)possibilidade da execução provisória da pena de prisão serviu como uma lupa para amplificar o poder de agenda à disposição do presidente do Tribunal.

A profusão de informações sobre o andamento das ações que tangenciavam a possibilidade da execução antecipada da pena, proporcionada, até mesmo por entrevistas realizadas com ministros do STF, foi capaz de lançar luzes sobre a capacidade que a presidência do Tribunal possui para interferir ou mesmo obstar a deliberação de processos que já estariam aptos para serem apreciados pelo colegiado.

Com qual frequência o poder de pauta é exercido dessa maneira, ao mesmo tempo em que permanece sendo um questionamento sem resposta, é menos importante para os fins propostos nesta pesquisa. O caso apresentado, envolvendo a interpretação de um direito fundamental plasmado no texto constitucional, é suficiente para revelar que a presidência do STF pode se investir na prerrogativa de confeccionar a pauta de julgamentos com base em suas próprias preferências e em sua própria visão de momento adequado. E assim o faz mesmo que o exercício desse poder implique, na prática, no esvaziamento do espaço de interação entre os ministros.

Tal prática implica em distorções no próprio papel institucional a ser desempenhado pelo Tribunal, como será melhor trabalhado nos capítulos seguintes, e levanta questões sobre a própria legitimidade<sup>44</sup> da autoridade do STF para controlar a constitucionalidade de decisões tomadas no âmbito legislativo.

---

<sup>44</sup> Sobre tudo na teoria constitucional, há um profícuo debate acerca da justificação da autoridade de tribunais que exercem o controle de constitucionalidade. Afinal, a figura de um tribunal, composto por juízes não eleitos, que possui a prerrogativa de invalidar decisões tomadas na arena política representativa é compatível com a democracia? Para Bustamante (2015), inexistem razões morais intrínsecas para justificar a autoridade de cortes constitucionais, mas a legitimidade do controle de constitucionalidade poderia ser justificada sob aspectos instrumentais. Para mais detalhes, cf. Bustamante (2015).

### 3 O IDEAL POLÍTICO DE ESTADO DE DIREITO

A ideia de se submeter à autoridade de um soberano, que exerce o poder de forma ilimitada, como pode ser encontrada na formulação da filosofia política de Thomas Hobbes,<sup>45</sup> não encontra respaldo nos anseios do constitucionalismo moderno. Tampouco a ideia hobbesiana de que a legitimidade política depende apenas da proteção que o governo é capaz de efetivamente garantir aos que consentiram em obedecê-lo (LLOYD; SREEDHAR, 2020). A maneira como o poder é exercido é de fundamental importância. Aqueles que são investidos com poderes políticos também atraem para si responsabilidades, entre elas a de exercer o poder dentro de certas balizas normativas.

A limitação do poder é a preocupação que está na origem do ideal de moralidade política chamado de Estado de Direito (*rule of law*), cuja origem remonta à Grécia antiga, passando pela idade média e chegando aos dias atuais (TAMANAHA, 2004; WALDRON, 2020). O Estado de Direito, portanto, pode ser examinado sob várias perspectivas. Uma delas é o próprio percurso histórico do ideal ao longo dos séculos, com a explicitação de sua feição em diferentes momentos e o papel que desempenhou em contextos políticos distintos. Outro enfoque possível, que é o que aqui se pretende adotar, diz respeito ao que ele pressupõe ou, em outras palavras, ao que ele exige na contemporaneidade.

Pode-se afirmar que a principal demanda desse ideal é a de que o exercício do poder político por aqueles que o detém deve ser orientado por normas públicas estabelecidas, o que se contrapõe ao exercício arbitrário ou meramente discricionário do poder, com base nas próprias preferências e ideologias do agente (WALDRON, 2020). Mais que isso, o Estado de Direito demanda que governantes e governados sejam limitados e ajam em conformidade com o direito (TAMANAHA, 2009). Essa tentativa de definição, contudo, é demasiadamente genérica. Afinal, quais características o direito precisa possuir para orientar condutas? Como a aplicação do direito deve ocorrer? O Estado de Direito precisa de mais densidade para que, de

---

<sup>45</sup> Nesse sentido, Lloyd e Sreedhar (2020), sobre a obra de Hobbes, afirmam que: “Embora Hobbes oferecesse alguns fundamentos pragmáticos moderados para preferir a monarquia a outras formas de governo, sua principal preocupação era argumentar que um governo eficaz – qualquer que fosse sua forma – deveria ter autoridade absoluta. Seus poderes não deveriam ser divididos nem limitados.” No original: *Although Hobbes offered some mild pragmatic grounds for preferring monarchy to other forms of government, his main concern was to argue that effective government—whatever its form—must have absolute authority. Its powers must be neither divided nor limited.*

fato, possa ser utilizado como parâmetro para ser contraposto ao exercício real do poder em determinado contexto.

É verdade que o princípio já foi defendido por uma miríade de líderes pertencentes a diferentes sociedades, culturas, sistemas econômicos e políticos, indicando uma aparente unanimidade em seu apoio (TAMANAH, 2004, p. 3). No entanto, a defesa do, diga-se, “rótulo” do Estado de Direito nem sempre significa consenso sobre o que ele exige e em que medida o faz. Pessoas defendendo o “Estado de Direito” podem entendê-lo como envolvendo ideias muito distintas, sob diferentes aspectos, e, por vezes, até mesmo contrapostas. Por isso, ao falar de Estado de Direito, é necessário que se especifique o que se entende por ele.

Ademais, ainda no início, é essencial que se tenha em mente que o Estado de Direito é um ideal com várias facetas (WALDRON, 2008). Facetas estas que podem se complementar epistemologicamente, lançando luzes sob seus diferentes aspectos e tornando possível dar densidade às suas exigências. Se a aspiração do Estado de Direito é fornecer limites e orientação à conduta das pessoas, necessário é que se tente explicitar quais são seus contornos. O objetivo deste capítulo é tentar apresentar duas dessas facetas: a *formal* e a *procedimental*, apresentando os princípios de cada uma delas, que dão sustentação ao ideal, contrapondo-os ao poder de agenda da presidência do Supremo Tribunal Federal.

### 3.1 O caráter formal do Estado de Direito

Se o exercício do poder deve ser limitado por normas, há que se definir quais características essas prescrições devem possuir para que sejam efetivas e para que possam, de fato, orientar a atuação dos agentes públicos e dos cidadãos a que se destinam. O conjunto dessas características e condições articula o conteúdo do aspecto formal do Estado de Direito. Em seu aspecto formal, as exigências deste princípio de moralidade política se voltam para a forma das leis, para as características que as normas devem necessariamente possuir para que sejam realmente capazes de fornecer balizas ao exercício do poder e tornar possível a concretização do ideal.

No segundo capítulo da obra *The Morality of Law* (1969), Lon Fuller aborda o que aqui está sendo chamado de aspecto formal do Estado de Direito. Fuller começa o capítulo com a representação de um monarca de nome Rex, que assume o reino com a aspiração de transformar as defasadas leis de seu território e, assim, tornar-se um grande legislador (FULLER, 1969, p.

34). Mas os planos de Rex falharam copiosamente e as razões pelas quais falharam diz muito sobre quais características são fundamentais para que um empreendimento jurídico seja bem sucedido.

Na história fictícia criada por Fuller, o primeiro ato oficial de Rex como monarca foi anunciar aos seus súditos a revogação imediata de todas as leis ali existentes. O objetivo de Rex era começar do zero, para poder escrever um novo código. No entanto, ele logo se viu em dificuldades para completar a tarefa, por não ter habilidade suficiente para conseguir fazer as abstrações necessárias. O monarca, então, abandonou o projeto do código e anunciou aos seus súditos que arbitraria os conflitos que surgissem no reino. Ele esperava que a atividade judicante desenvolvesse nele a capacidade de generalização, de modo que, a partir da análise dos casos individuais, pudesse criar um sistema de regras. No entanto, mesmo após inúmeras decisões, não era possível identificar um padrão decisório na atividade desenvolvida. Mais uma vez, a empreitada de Rex havia falhado (FULLER, 1969, p. 34). Ele teria que adotar outro caminho para conseguir atingir seus objetivos.

Rex, então, decidiu recomeçar. Depois de se submeter a lições sobre generalização, ele finalmente conseguiu, sozinho, redigir um código. Mas, segundo Fuller, Rex, ainda inseguro, não revelou o conteúdo do texto elaborado. Ele anunciou aos súditos que havia escrito um código e que o documento balizaria sua atuação para decidir os casos a ele submetidos, mas revelou que o conteúdo do documento permaneceria em segredo para a população. Os súditos criticaram, é claro, pelo fato de que teriam seus casos decididos com base em regras das quais nada sabiam. Diante da objeção, Rex resolveu alterar a estratégia: anunciou que publicaria o conteúdo de seus julgamentos com as regras que tinham sido aplicadas. Os súditos, contudo, permaneceram insatisfeitos, já que eles precisariam saber do conteúdo das normas com antecedência, para que pudessem agir em conformidade com elas (FULLER, 1969, p. 35).

Diante desse cenário, o monarca compreendeu que precisaria publicar um código com as regras que seriam aplicadas aos súditos e se pôs a confeccioná-lo. No entanto, quando publicado, as pessoas perceberam que o documento elaborado por Rex era uma “obra-prima de obscuridade” (1969, p. 36). Não era possível entender o texto e as suas regras, nem mesmo os especialistas eram capazes. Por esse motivo, o código acabou sendo suspenso por Rex. O monarca, diante dos acontecimentos, entendeu que precisaria de auxílio para a tarefa e, portanto, convocou especialistas para revisarem o código. Como Fuller apresenta, a missão dos especialistas era torná-lo claro, mas sem alterar o seu conteúdo. Assim foi feito. O novo

documento ficou claro o suficiente para revelar diversas contradições e inconsistências no texto. Mais uma vez, os súditos se insurgiram (FULLER, 1969, p. 36).

O código foi novamente suspenso para ser aprimorado e Rex perdeu a paciência com o comportamento crítico de seus governados. A orientação que ele deu aos especialistas que fariam a revisão do documento foi no sentido de eliminar as contradições, mas endurecer as regras, assim como criar novos crimes. Nesse sentido, segundo os relatos de Fuller, o prazo para que o cidadão convocado a prestar esclarecimentos perante o rei se apresente passou de dez dias para apenas dez segundos. Além disso, foram tipificadas como crime passível de pena de prisão condutas como tossir e espirrar na presença do rei. As mudanças não foram bem recebidas pelos súditos, que questionaram a própria possibilidade de as novas exigências serem cumpridas (FULLER, 1969, p. 36-37).

Nessa perspectiva, o código foi submetido a nova revisão. As diretivas de Rex, agora, eram para que os especialistas expurgassem do código as regras impossíveis, tornando-as passíveis de serem adimplidas. Assim o fizeram os especialistas, tornando o texto claro, sem contradições e sem exigências irreais, conta Fuller. No entanto, àquela altura, depois de tantas revisões no texto original proposto pelo monarca, que demandaram tempo, o conteúdo do código já estava defasado pelas mudanças institucionais e econômicas ocorridas no reino. Em decorrência disso, desde o momento em que foi implementado, o código passou a ser emendado diariamente, o que também gerou a insatisfação dos súditos (FULLER, 1969, p. 37).

Rex acabou chegando à conclusão de que o insucesso de seu empreendimento perpassava pelos conselhos ruins que havia recebido dos especialistas e decidiu centralizar em si mesmo os poderes judiciais. A intenção do monarca, segundo Fuller, era de que, assim, ele pudesse administrar a aplicação das leis e evitar novas crises. No entanto, na medida em que as decisões foram se avolumando, os súditos constataram uma dissonância entre os julgamentos e o código que seria aplicável, causando, novamente, a insurgência dos cidadãos. Rex acabou falecendo, desiludido com seus súditos (FULLER, 1969, p. 38).

Para Fuller, o relato do empreendimento de Rex demonstra que a missão de criar um sistema jurídico pode falhar em ao menos oito maneiras. E incorrer em qualquer desses defeitos resultaria, para o autor (FULLER, 1969, p. 39), em algo que não poderia ser qualificado como um sistema jurídico. A falha poderia decorrer do próprio insucesso em se criar regras, dando azo a soluções casuísticas, como também poderia advir do erro em não as tornar públicas.

Um sistema jurídico também perderia essa qualificação quando as normas fossem feitas para dar conta de situações passadas, no que Fuller (1969, p. 39) chamou de “legislação retroativa”, o que impediria que as pessoas guiassem suas ações pela norma e vivessem ameaçados por mudanças futuras. A falha poderia se materializar na elaboração de regras incompreensíveis e, também, contraditórias; ou na exigência de condutas irrealizáveis e nas mudanças frequentes no texto, impedindo que as pessoas se orientem pela regra. Por último, a falha poderia decorrer da desconexão ou, na palavra de Fuller (1969, p. 39), congruência entre o texto da norma e a sua aplicação aos casos concretos. Segundo o autor:

Certamente, não pode existir fundamento racional para se afirmar que um homem pode ter a obrigação moral de obedecer a uma regra legal que não existe, ou é mantida em segredo dele, ou que surgiu apenas depois de ele ter agido, ou era incompreensível, ou era contraditória com outra regra do mesmo sistema, ou exigia o impossível, ou mudava a cada minuto. (FULLER, 1969, p. 39, tradução livre).<sup>46</sup>

Em contraposição, Fuller (1969) apresenta oito desideratos, que seriam demandas do que ele chamou de moralidade interna do direito (*inner morality of the law*). Os princípios identificados pelo autor são, em verdade, condições de possibilidade de um sistema jurídico. E, por essa razão, são tidos como os princípios formais do Estado de Direito. Em linhas gerais, as normas jurídicas devem, necessariamente, ter as seguintes características: i) generalidade; ii) publicidade; iii) ser dirigida para o futuro; iv) ser inteligível; v) ser compatível com as demais, evitando contradições; vi) exigir somente o possível; vii) ser estável; e, por fim, viii) haver congruência entre a regra posta e a sua consequente aplicação.

A generalidade seria, para Fuller (1969, p. 46), constitutiva da própria existência de regras, não se confundindo com o princípio da equidade (*fairness*). Para a generalidade, importa a existência de regras, independentemente de ser justa ou não (1969, p. 47). Além disso, as leis devem ser publicizadas e devem produzir efeitos para o futuro. Uma lei retroativa é incapaz de fornecer orientação à conduta dos cidadãos. As leis também devem ser redigidas com clareza e deve ser feito esforço para se evitar contradições e incompatibilidades no sistema jurídico.

Ademais, as normas jurídicas não podem exigir o impossível daqueles a quem elas se destinam e devem ser capazes de se manterem estáveis no tempo. Sobre esse último aspecto, Fuller entende que os riscos de mudanças frequentes nas normas jurídicas se assemelham aos

---

<sup>46</sup> No original: *Certainly there can be no rational ground for asserting that a man can have a moral obligation to obey a legal rule that does not exist, or is kept secret from him, or that came into existence only after he had acted, or was unintelligible, or was contradicted by another rule of the same system, or commanded the impossible, or changed every minute.*

que decorrem de leis retroativas, sendo ambos relacionados à inconstância legislativa (1969, p. 80). Por fim, tem-se a necessidade de congruência entre as leis e a sua respectiva administração, sendo este, para Fuller (1969, p. 81), o desiderato mais complexo de todos eles. Para o autor:

Essa congruência pode ser destruída ou prejudicada de uma grande variedade de maneiras: interpretação equivocada, inacessibilidade da lei, falta de visão sobre o que é necessário para manter a integridade de um sistema jurídico, suborno, preconceito, indiferença, estupidez e o anseio por poder pessoal (FULLER, 1969, p. 81, tradução livre<sup>47</sup>).

Segundo Fuller (1969, p. 81), assim como existem várias formas de ameaça a esse princípio, existem também diversos mecanismos para a sua preservação e que não se resumem à atuação de tribunais. Enquanto os primeiros sete desideratos são condições de possibilidade das próprias normas jurídicas, esse oitavo princípio lança luzes sobre o fato de que o Estado de Direito exige algo para além do momento de formação das leis e das regras, pavimentando caminho para o aspecto procedimental do ideal. A administração e aplicação das regras jurídicas são indissociáveis de um sistema onde o direito assume centralidade para orientar condutas e limitar o exercício do poder político.

Com essa exposição teórica, fica evidente que o aspecto formal do Estado de Direito é fundamental para a construção de um sistema jurídico, guiando a atividade legiferante e a aplicação do direito. É difícil imaginar, em um contexto democrático e liberal, a sujeição de pessoas a um ordenamento que não atenda aos sobreditos princípios formais. Mas a faceta formal do ideal, por si só, é minimalista<sup>48</sup>: uma concepção de Estado de Direito abarca outros princípios e exigências.

Antes de avançar para o aspecto procedimental do ideal, contudo, é necessário fazer algumas considerações pertinentes ao problema delineado neste trabalho. Afinal, a faceta formal do Estado de Direito possui algum elemento que contribui para que melhor se compreenda o fenômeno da definição da pauta do Supremo Tribunal Federal? É possível identificar algum limite nos elementos constitutivos do aspecto formal Estado de Direito que sirva de baliza para a elaboração da pauta do STF?

---

<sup>47</sup> No original: *This congruence may be destroyed or impaired in a great variety of ways: mistaken interpretation, inaccessibility of the law, lack of insight into what is required to maintain the integrity of a legal system, bribery, prejudice, indifference, stupidity, and the drive toward personal power.*

<sup>48</sup> Devo o uso dessa palavra ao Professor Thomas Bustamante, que já se referiu, durante exposições em aulas teóricas na Faculdade de Direito da UFMG, à concepção fulleriana de Estado de Direito como “minimalista”.

As respostas a essas indagações precisam levar em consideração o fato de que o poder de definir a pauta de julgamento do STF é exercido pelo presidente do Tribunal sem que existam limites formais para a atividade, isto é, sem balizas normativas legais ou regimentais que forneçam critérios objetivos para a definição da pauta. Na medida em que a atuação dos agentes públicos deve ser orientada por normas, a própria inexistência de balizas ao exercício do poder de agenda parece, em princípio, ser incompatível com a exigência de previsibilidade que emana da concepção formal do Estado de Direito.

Além disso, no que diz respeito à definição da pauta, o empreendimento jurídico parece falhar exatamente por não oferecer orientações claras de conduta, de modo que a tarefa de apurar possíveis violações aos desideratos de Fuller é inviabilizada. Como a presidência deveria se portar ao exercer seu poder de agenda sem que isso implique em uma atuação desmedida e arbitrária? Normas, caso existissem, poderiam fornecer respostas a essa indagação, prevendo, antecipadamente, critérios gerais e inteligíveis, de amplo conhecimento das autoridades e dos cidadãos, permitindo avaliar a correção ou incorreção da conduta adotada pela presidência.

A ausência de regras expressas, entretanto, não autoriza o presidente a agir de acordo com as suas próprias inclinações, até porque, como dito no início deste capítulo, aqueles que são investidos com poderes políticos atraem para si responsabilidades. Para sustentar essa posição, contudo, é necessário ir além da faceta formal, que se volta para estrutura e características das normas. Feitas essas considerações, passa-se à elucidação do aspecto procedimental do Estado de Direito.

### **3.2 O caráter procedimental do Estado de Direito**

A perspectiva formal do Estado de Direito parece deixar de fora do conceito aspectos fundamentais para se compreender o funcionamento de um sistema jurídico, ao menos na concepção defendida por Jeremy Waldron (2008). Afinal, os anseios de um ideal de governança por meio do direito não podem se resumir à forma com que as regras são anunciadas. Em tese, para muitos, até poderiam, já que os elementos formais do Estado de Direito são as características às quais os filósofos do direito costumam dar mais ênfase quando se debruçam sobre este princípio (WALDRON, 2011, p. 4). Mas uma definição dessa ordem parece ser limitada:

Na perspectiva de Fuller, o Estado de Direito não exige nada diretamente substantivo: por exemplo, não exige que tenhamos qualquer liberdade particular. Tudo o que requer é que o Estado faça aquilo que deseja de forma ordenada e previsível, avisando-nos previamente pela publicação de normas gerais nas quais suas ações serão baseadas, e que ele deve então se ater a essas normas e não se afastar delas arbitrariamente, mesmo que pareça politicamente vantajoso fazê-lo. (WALDRON, 2008, p. 7, tradução livre<sup>49</sup>).

Waldron pretende teorizar o Estado de Direito para além das meras qualidades estruturais das normas e da noção de previsibilidade. Para ele, a definição do ideal deve perpassar os aspectos procedimentais e argumentativos que são partes fundamentais da prática jurídica. O Estado de Direito, afinal, não é apenas uma questão de o sistema ser composto por regras gerais de certo tipo. Uma noção adequada do ideal deve, necessariamente, preocupar-se com a aplicação imparcial dessas mesmas regras (WALDRON, 2008, p. 7), o que o aproxima de princípios políticos como a separação dos poderes e a independência judicial (WALDRON, 2008, p. 8). Essa ideia revela a faceta procedimental do Estado de Direito:

Uma concepção procedimental do Estado de Direito exige não apenas que os agentes públicos apliquem as regras da forma como são concebidas; exige a aplicação das regras com todo o cuidado e atenção com a equidade que é emanada de ideais como 'juiz natural' e 'devido processo legal'. Assim, se alguém é acusado de violar uma das normas gerais dispostas, ele deveria ter a oportunidade de solicitar uma audiência, elaborar argumentos e confrontar a evidência existente antes da aplicação de qualquer sanção relacionada à norma (2008, p. 7-8, tradução livre<sup>50</sup>).

A princípio, o aspecto procedimental complementaria o formal (WALDRON, 2008, p. 8), tendo em vista que pouco adiantaria a existência de regras elaboradas em observância aos desideratos formais sem que também houvesse preocupação com a sua consequente aplicação. Por outro lado, os procedimentos teriam sua relevância minada se não existissem regras gerais a serem observadas e aplicadas para a solução dos casos. Haveria, nessa perspectiva, uma relação de interdependência entre as facetas formal e procedimental. A estrutura das regras e o modo de sua aplicação seriam indissociáveis para uma concepção de Estado de Direito.

---

<sup>49</sup> No original: *On Fuller's account, the Rule of Law does not directly require anything substantive: for example, it does not require that we have any particular liberty. All it requires is that the state should do whatever it wants to do in an orderly, predictable way, giving us plenty of advance notice by publicizing the general norms on which its actions will be based, and that it should then stick to those norms and not arbitrarily depart from them even if it seems politically advantageous to do so.*

<sup>50</sup> No original: *A procedural understanding of the Rule of Law requires not only that officials apply the rules as they are set out; it requires application of the rules with all the care and attention to fairness that is signaled by ideals such as "natural justice" and "procedural due process." Thus, if someone is accused of violating one of the general norms laid down, they should have an opportunity to request a hearing, make an argument, and confront the evidence before them prior to the application of any sanction associated with the norm.*

No entanto, existe alguma tensão entre a perspectiva procedimental e a previsibilidade intentada e perseguida pela visão formal do Estado de Direito, como reconhece o próprio Waldron (2008, p. 8). Isso ocorre pelo fato de que, procedimentalmente, há a valorização da troca de argumentos, da possibilidade de as pessoas intervirem de forma argumentativa na conformação das regras. Essa participação que antecede a aplicação das normas reduziria, em alguma medida, a predição tão valorizada por aqueles que se atém apenas aos aspectos formais. “Em vez da certeza que torna possível a liberdade privada, os aspectos procedimentais do Estado de Direito parecem valorizar oportunidades de engajamento ativo na administração de questões públicas” (WALDRON, 2008, p. 9, tradução livre<sup>51</sup>).

O processo pelo qual se alcança uma decisão, com a observância de suas fases e com a garantia de participação por aqueles que serão por ela afetados, é mais relevante, na perspectiva procedimental, que a própria possibilidade de as pessoas saberem, de antemão, a resposta para todas as situações em que as regras serão aplicáveis. Ademais, se existe disputa sobre o que o direito é, em um contexto em que as pessoas orientam suas condutas a partir de suas próprias interpretações acerca das exigências legais, a emergência de um conflito irá demandar uma solução. Se essa solução é construída também a partir dos argumentos e justificativas que são apresentados pelas partes envolvidas, é razoável que se identifique uma redução da previsibilidade sobre o que as regras exigem de cada um. Afinal, o que um acreditava ser exigido em determinada situação, pode, ao fim e ao cabo, vir a ser considerado incorreto.

Essa alegada imprevisibilidade, contudo, parece ser questionável. O fato de as regras serem editadas com generalidade, clareza e em consonância com os demais desideratos formais, não faz frente à complexidade das práticas sociais e às controvérsias que podem surgir. A perspectiva procedimental parece lançar luzes sobre uma previsibilidade mais crível: a de que as imposições pelo descumprimento de determinada norma serão, necessariamente, precedidas por um processo estruturado, cujas diretrizes são estabelecidas previamente, com a garantia de que os afetados produzam argumentos e defendam suas convicções acerca da correta aplicação da norma.

Esta perspectiva procedimental acerca do Estado de Direito decorre do caráter argumentativo do direito. Waldron defende que uma compreensão do ideal não pode ser dissociada do que significa o direito, enquanto sistema jurídico. Por essa razão, em *The Concept*

---

<sup>51</sup> No original: *Instead of the certainty that makes private freedom possible, the procedural aspects of the Rule of Law seem to value opportunities for active engagement in the administration of public affairs.*

*and The Rule of Law* (2008), Waldron inicia seu raciocínio a partir do que constitui, para ele, um sistema jurídico. Segundo ele, assim como falar em democracia pressupõe alguns critérios substantivos, como eleições livres e justas, falar em sistema jurídico também teria implicações semelhantes (2008, p. 13).

O autor rejeita a ideia de que qualquer sistema de comando no qual a cadeia de ordens pode ser rastreada a uma única fonte superior, ou, em termos mais utilizados na teoria do direito, a uma regra de reconhecimento,<sup>52</sup> possa ser considerado, apenas por isso, um sistema jurídico (2008, p. 14). O direito, como sistema, seria mais complexo. Mas o que faz um sistema jurídico ser considerado como tal? Ou, como Waldron coloca,

[...] existem instituições ou práticas cujas ausência desqualificaria decisivamente um sistema de regras de ser considerado como um sistema jurídico, da mesma forma em que a ausência de eleições livres e regulares desqualificariam decisivamente um sistema de governança de ser considerado uma democracia? (Waldron, 2008, p. 19, tradução livre<sup>53</sup>).

Ele responde a essa pergunta listando cinco características fundamentais que devem estar presentes para que um sistema de regras possa ser considerado um sistema jurídico. A primeira delas é a existência de instituições que façam o que fazem os tribunais, ou seja, que apliquem normas a casos concretos, solucionando conflitos com base em um processo formal e rigorosamente estruturado, no qual é assegurado o direito de manifestação das partes envolvidas, permitindo a atuação imparcial e justa daqueles que decidem a controvérsia (WALDRON, 2008, p. 20).

Um aspecto relevante sobre essa característica é o de que não basta existir uma autoridade que aplique a norma posta aos conflitos existentes (WALDRON, 2008, p. 21). O modo como se dá essa aplicação é importante. Poder-se-ia dizer que, nos termos por ele propostos, não é só a decisão que importa, mas é de fundamental relevância para a própria existência de um sistema jurídico a maneira estruturada pela qual se decide. Aliás, essa não é uma preocupação apenas de Waldron.

---

<sup>52</sup> Waldron se referiu a essa concepção do direito como um caso de “*casual positivism*”.

<sup>53</sup> No original: [...] *are there institutions or practices whose absence would decisively disqualify a system of rule from being regarded as a legal system, in the way that the absence of regular and free elections would decisively disqualify a system of governance from being regarded as a democracy?*

Ronald Dworkin inicia o “O Império do Direito” com a assertiva de que: “É importante o modo como os juízes decidem os casos” (DWORKIN, 2014, p. 3)<sup>54</sup>, apesar de tratar, na obra, de uma perspectiva diferente do procedimentalismo de Waldron que está sendo aqui explicitado. O ponto relevante é que a aplicação das regras e, portanto, o procedimento para se alcançar uma decisão com base nelas, não pode ser olvidado quando se está tratando de caracterizar um sistema jurídico. Nesse sentido, Waldron entende que os procedimentos existentes em sistemas jurídicos diferentes podem até ser distintos, no entanto, para ele, há uma ideia essencial no ato de aplicação de regras comum a todos eles:

[...] a operação de um tribunal envolve uma forma de procedimento que oferece àqueles que estão imediatamente envolvidos uma oportunidade de fazer alegações e apresentar provas, tais provas sendo apresentadas de forma ordenada e de acordo com regras rigorosas de relevância e orientada para as normas cuja aplicação estão em questão. O modo de apresentação pode variar, mas a existência de tal oportunidade não. Uma vez apresentada, a prova é então disponibilizada para ser examinada e confrontada pela outra parte em audiência pública. Cada parte tem a oportunidade de apresentar argumentos e alegações ao final deste processo e responder às da outra parte. Ao longo do processo, ambos os lados são tratados com respeito e, acima de tudo, ouvidos por um tribunal que é obrigado a se ater às provas apresentadas e a responder às alegações que foram feitas nas razões que são fornecidas na sua eventual decisão (WALDRON, 2008, p. 23, tradução livre<sup>55</sup>).

É de se ressaltar, ainda, que essas características de uma instituição adjudicatória expressam, para Waldron, a ideia fundamental de um sistema jurídico, segundo a qual o direito é um modo de governar que trata as pessoas com respeito e no qual a aplicação das regras às condutas dessas pessoas envolve, também, respeitar os diferentes pontos de vista que elas possam ter sobre as normas e a sua consequente aplicação (WALDRON, 2008, p. 23). Nessa perspectiva, esses requisitos encarnariam a ideia de dignidade daqueles a quem as regras são dirigidas (WALDRON, 2011, p. 16).

Além da existência de instituições adjudicatórias, um sistema jurídico pressupõe a existência de normas públicas e gerais que orientem condutas e que exerçam papel central para

<sup>54</sup> Waldron examinou o que seria a concepção de Estado de Direito na teoria de Dworkin, aproximando-a da perspectiva procedimental. No artigo, Waldron chegou a mencionar essa passagem transcrita. Para mais detalhes, cf. WALDRON, 2004.

<sup>55</sup> No original: [...] *the operation of a court involves a way of proceeding that offers to those who are immediately concerned an opportunity to make submissions and present evidence, such evidence being presented in an orderly fashion according to strict rules of relevance and oriented to the norms whose application is in question. The mode of presentation may vary, but the existence of such an opportunity does not. Once presented, the evidence is then made available to be examined and confronted by the other party in open court. Each party has the opportunity to present arguments and submissions at the end of this process and reply to those of the other party. Throughout the process, both sides are treated respectfully and above all listened to by a tribunal that is bound to attend to the evidence presented and respond to the submissions that are made in the reasons that are given for its eventual decision.*

a dinâmica desse sistema (2008, p. 24). Essas normas também devem ser positivadas, resultado de um procedimento legislativo comandado por seres humanos e que, por consequência, podem ser modificadas (2008, p. 30). Outra característica essencial para Waldron (2008, p. 31) é a de que as normas sejam elaboradas para atender aos interesses de todos – e, não, ao de apenas alguns – e que sejam orientadas para o bem comum. E a última característica essencial de um sistema jurídico, para Waldron, é o que ele chamou de “sistematicidade” (2008, p. 32) e que consiste, basicamente, na ideia de que as regras devem guardar relação entre si, revelando-se um empreendimento coerente e único.

Essas cinco características que definem o direito podem, de acordo com Waldron, ser realizadas em maior ou menor grau em diferentes contextos. Um sistema jurídico, para ser considerado como tal, não exige que esses atributos mencionados sejam plenamente realizados e satisfeitos, mas eles devem ser sempre perseguidos. Por isso, para Waldron, seria limitador enxergá-los apenas como se descrevessem as características de um sistema jurídico, tendo em vista que eles também são carregados de valor:

[...] os critérios do direito que identifiquei - critérios como tribunais, com seu *modus operandi* característico; governança por normas gerais de forma a respeitar a dignidade das pessoas como agentes capazes de autogoverno autônomo; o direito como uma forma pela qual uma comunidade assume o controle público das condições de sua vida coletiva; e a receptividade do direito à razão - tudo isso está no cerne do que valorizamos no direito. Eles explicam em termos avaliativos a razão pela qual a distinção entre sistemas jurídicos e outros tipos de sistemas de governança é importante para nós. (WALDRON, 2008, p. 40, tradução livre<sup>56</sup>).

Como é possível perceber, as sobreditas características lançam luzes sobre mecanismos institucionais e práticas argumentativas que as instituições precisam acomodar (WALDRON, 2008, p. 57) sendo que, para o autor, estão relacionadas com as exigências do Estado de Direito. Entender o direito nesses termos, considerando o seu caráter argumentativo e os desdobramentos que dele decorrem, revela, de acordo com Waldron, a importância de se conceber as aspirações procedimentais do Estado de Direito, as quais também são valorativas – e não apenas descritivas – e podem ser realizadas em maior ou menor grau. Afinal, as pessoas disputam o sentido das normas e se engajam interpretativamente na aplicação das regras (WALDRON, 2008, p. 56), de modo que a maneira pela qual é tomada a decisão possui

---

<sup>56</sup> No original: [...] *the criteria for law that I have identified - criteria like courts, with their characteristic modus operandi; governance by general norms in a way that respects people's dignity as agents capable of autonomous self-government; law as representing a way in which a community takes public control of the conditions of its collective life; and law's amenability to reason - all of these go to the heart of what we value about law. They explain in evaluative terms why the distinction between legal systems and other types of systems of governance is important to us. Their definitional connection with law is not just a semantic point; it is a substantive moral thesis.*

contornos fundamentais para a concepção de uma governança por meio de leis. Esta perspectiva afasta aquilo que ele considera bastante problemático no tratamento do assunto:

[...] uma tendência angustiante entre os filósofos do direito acadêmicos de enxergar o direito simplesmente como um conjunto de proposições normativas e de perseguir sua tarefa de desenvolver uma compreensão do conceito de direito baseada simplesmente em compreender quais são essas proposições normativas. Mas o direito ganha vida nas instituições. Uma compreensão dos sistemas jurídicos que enfatiza a argumentação no tribunal tanto quanto a existência e o reconhecimento de regras fornece a base para uma compreensão muito mais rica dos valores e requisitos que o direito e a legalidade representam na argumentação política moderna. (WALDRON, 2011, p. 13-14, tradução livre<sup>57</sup>).

Nessa perspectiva, Waldron não acredita “[...] que uma concepção de direito ou de Estado de Direito que menospreze a importância da argumentação possa realmente fazer justiça ao valor que atribuímos aos governos em tratar os cidadãos comuns com respeito e como centros ativos de inteligência” (WALDRON, 2008, p. 59, tradução livre<sup>58</sup>). Em razão disso é que ele defende uma aproximação entre os dois conceitos, o de direito e o de Estado de Direito.

Mas, então, o que exatamente é o Estado de Direito e, além disso, o que ele de fato requer? Para responder a essas perguntas, o primeiro aspecto a ser ressaltado é o de que o Estado de Direito, na concepção de Waldron, é uma estrela pertencente a uma constelação de ideais, ao lado da democracia, dos direitos humanos e da liberdade econômica (2011, p. 3). Essa imagem coloca o Estado de Direito no centro das aspirações de uma sociedade, imbricado a outros valores fundamentais, e, também, evidencia a sua complexidade. Dizer tudo o que o Estado de Direito exige pode ser uma missão fadada ao fracasso, o que não significa que não possam ser traçados alguns de seus aspectos fundamentais.

Na tentativa de identificar as demandas do Estado de Direito, Waldron propõe um acréscimo à lista dos desideratos formais delineados por Fuller. Mais especificamente, o autor propõe uma lista de características procedimentais que também seriam indispensáveis à compreensão do ideal (2011, p. 6). Para ele, ninguém deveria sofrer imposições do governo

---

<sup>57</sup> No original: *There is a distressing tendency among academic legal philosophers to see law simply as a set of normative propositions and to pursue their task of developing an understanding of the concept of law to consist simply in understanding what sort of normative propositions these are. But law comes to life in institutions. An understanding of legal systems that emphasizes argument in the courtroom as much as the existence and recognition of rules provides the basis for a much richer understanding of the values and requirements that law and legality represent in modern political argument.*

<sup>58</sup> No original: *[...] that a conception of law or a conception of the Rule of Law that sidelines the importance of argumentation can really do justice to the value we place on governments to treat ordinary citizens with respect as active centers of intelligence.*

sem que o exercício do poder decorresse de procedimentos que observassem os seguintes parâmetros:

- A. O julgamento por um tribunal imparcial que deve agir com base nas evidências e nos argumentos apresentados formalmente perante ele, relacionados às normas legais que regem a imposição de pena, estigma, perda e assim por diante;
- B. Um julgador juridicamente treinado, cuja independência de outros órgãos do governo é assegurada;
- C. O direito a representação por advogado, e ao tempo e oportunidade necessários para preparar o caso;
- D. O direito de estar presente em todas as etapas importantes do processo;
- E. O direito de confrontar testemunhas contra o detido;
- F. O direito à garantia de que as evidências apresentadas pelo governo foram coletadas de forma adequada e supervisionada;
- G. O direito de apresentar provas em sua própria defesa;
- H. O direito de apresentar argumentos jurídicos sobre a pertinência das provas e sobre a pertinência das várias normas jurídicas relevantes para o caso;
- I. O direito de ouvir as razões do tribunal quando este chegar a uma decisão que correspondam às provas e aos argumentos apresentados perante ele; e
- J. Algum direito de recorrer a um tribunal superior de caráter semelhante. (WALDRON, 2011, p. 6, tradução livre<sup>59</sup>).

A despeito da importância dessas demandas, Waldron aponta que a maior parte da literatura sobre Estado de Direito não se debruça sobre elas (2011, p. 7). Mesmo Fuller, que teria sido um grande processualista, focou nos aspectos formais do ideal, talvez muito preso ao debate acerca do que era o direito e qual era a sua relação com a moralidade (WALDRON, 2011, p. 9). Pouco se diz, afirma Waldron, acerca do procedimento a ser observado para a aplicação das regras e, mais especificamente, dos procedimentos utilizados pelos tribunais para se chegar a um provimento. Nesse sentido, as dez características essenciais listadas por Waldron servem de baliza mínima para o desenvolvimento de um processo judicial adequado à uma concepção procedimental de Estado de Direito.

Um processo judicial que não seja conduzido por um tribunal imparcial e independente, obrigado a decidir com base nos elementos apresentados nos autos, não atende aos anseios do Estado de Direito. Tampouco atende aos anseios do ideal um processo no qual à parte não é garantida assistência profissional, oportunidade e reais condições de participar das fases

---

<sup>59</sup> No original: *A. A hearing by an impartial tribunal that is required to act on the basis of evidence and argument presented formally before it in relation to legal norms that govern the imposition of penalty, stigma, loss, and so forth; B. A legally trained judicial officer, whose independence of other agencies of government is ensured; C. A right to representation by counsel and to the time and opportunity required to prepare a case; D. A right to be present at all critical stages of the proceeding; E. A right to confront witnesses against the detainee; F. A right to an assurance that the evidence presented by the government has been gathered in a properly supervised way; G. A right to present evidence in one's own behalf; H. A right to make legal argument about the bearing of the evidence and about the bearing of the various legal norms relevant to the case; I. A right to hear reasons from the tribunal when it reaches its decision that are responsive to the evidence and arguments presented before it; and J. Some right of appeal to a higher tribunal of a similar character.*

processuais, podendo formular seus argumentos e produzir provas para confrontar as alegações concorrentes. As provas apresentadas contra ela também devem ter sido angariadas licitamente e a parte tem o direito a uma decisão que se atenha aos elementos dos autos, podendo se insurgir contra o provimento que vier a ser prolatado. Todas essas características denotam que o Estado de Direito exige, em sua essência, respeito aos procedimentos e, mais especificamente, ao devido processo legal.

E, para Waldron, é justamente esse aspecto procedimental que está implícito em várias demandas por Estado de Direito, como, por exemplo, na situação de pessoas detidas na base militar estadunidense localizada na Baía de Guantánamo (2011, p. 16), em que, em nome do ideal, os detidos reivindicavam ser submetidos ao crivo de um tribunal. Por esse ângulo, a ideia de Estado de Direito é indissociável da ideia de um procedimento no qual sejam assegurados direitos mínimos de participação àqueles que serão afetados pela aplicação das regras. E por esse motivo uma concepção meramente formal deixa escapar aspectos relevantes do ideal.

No entanto, isso não é tudo. O Estado de Direito, em sua faceta que abrange aspectos do processo judicial, também exige, por parte dos julgadores, certas condutas. Talvez, a mais relevante e que está intimamente relacionada com o problema delineado nesta pesquisa – e que pode ser encontrada em artigo em que Waldron (2012) se debruçou sobre a relação entre o ideal e a observância de precedentes – é a de que a ausência de uma regra explícita para solucionar um caso específico não equivale a assumir a existência de um vácuo legislativo (WALDRON, 2012, p. 16), em que o julgador pode decidir segundo suas próprias preferências. Para Waldron, o Estado de Direito exige que os julgadores não se distanciem do direito e, mesmo em tais situações, empreendam uma interpretação do arcabouço legal, nos moldes dworkinianos (WALDRON, 2012, p. 16), para que sejam capazes de identificar normas aplicáveis e fundamentar suas decisões com base no próprio direito.

Portanto, de acordo com Waldron, apesar de muito acrescentarem à uma concepção de Estado de Direito, as características elencadas linhas atrás, com a delimitação de exigências mínimas a serem observadas em um processo judicial, não esgotam as nuances da noção procedimental do ideal. Olhar apenas para o processo judicial e extrair dele toda a concepção procedimental do Estado de Direito não faria jus à sua complexidade. O poder estatal para intervir na vida das pessoas não se dá apenas dentro dos tribunais.

Dito de outra forma, o respeito ao processo estruturado é de fundamental importância e é exigido pelo Estado de Direito, mas o aspecto procedimental não está confinado ao processo

judicial. Há, ainda, um aspecto, dir-se-ia, macro, mais amplo, que tenta capturar o procedimento para além do conflito *inter partes*, dirigido à própria noção de governança.

Todas as reflexões feitas nas últimas páginas deste texto não deixam dúvidas acerca da importância do procedimento para uma concepção do Estado de Direito. A governança por meio do direito demanda atenção para a forma como as regras são emanadas e, ao mesmo tempo, para o modo pelo qual elas são administradas e aplicadas. O desenvolvimento do raciocínio foi permeado pela ideia de que uma regra precisa ser editada para poder ser aplicada.

Reconhecer esse aspecto implica em reconhecer que as atividades de criação e aplicação das leis ocorrem, em princípio, em momentos distintos, mas que são indissociáveis e igualmente importantes para a realização do ideal, aproximando-o do princípio da separação dos poderes. Nessa perspectiva, entender o que significa e justifica a separação dos poderes pode ajudar a clarificar outras exigências da faceta procedimental do Estado de Direito.

A relação entre Estado de Direito e separação dos poderes foi explorada por Waldron no artigo intitulado *Separation of powers in thought and practice?* (2013). O esforço inicial do autor no referido texto é para compreender a separação de poderes para além dos princípios da divisão do poder e dos freios e contrapesos. Esses três princípios não são sinônimos e, portanto, nomeiam ideias distintas. A divisão do poder, por exemplo, rejeita a possibilidade de concentração de poderes políticos excessivos nas mãos de uma só pessoa ou grupo, enquanto os freios e contrapesos exigem a concorrência de ações por aqueles que exercem o poder, permitindo que um valide ou vete as ações do outro (WALDRON, 2013, p. 433).

Por sua vez, a ideia emanada do princípio da separação dos poderes seria a de separar qualitativamente as funções de governo, isto é, desagregar a função legislativa da executiva e da judicial (WALDRON, 2013, p. 434). A exigência da separação dos poderes é diferente daquelas expressas pelos outros dois princípios mencionados:

Eu disse que a importância dos princípios da Divisão do Poder e dos Pesos e Contrapesos, por melhor que seja, não dá conta de toda a importância da Separação dos Poderes. A importância do princípio da Separação dos Poderes é baseada na distinção vital entre várias funções de governança - legislativa, adjudicativa e executiva - consideradas em si e por si mesmas, e a vitalidade dessa distinção talvez seja de menor interesse - certamente menor interesse inerente - do ponto de vista da Divisão dos Poderes e dos Freios e Contrapesos. Tudo o que o princípio da Divisão do Poder se preocupa é que o poder seja disperso; não se importa particularmente com quais são os poderes dispersos. E tudo o que o princípio dos Pesos e Contrapesos se preocupa é que poder contrabalanceie poder ou seja obrigado a concorrer no exercício

de outro poder; novamente, o que são os poderes que se contrapõem neste equilíbrio é de interesse incidental. (WALDRON, 2013, p. 442, tradução livre<sup>60</sup>).

O ponto fundamental, para Waldron, é que a separação dos poderes não é apenas sobre dividir e contrabalancear o exercício do poder político. Há um aspecto qualitativo que o envolve, que dirige os olhares para o que as diferentes funções de um governo são capazes de desempenhar e que justifica a sua importância. E essa justificativa não está em trabalhos clássicos da teoria política sobre o princípio, nem mesmo em Montesquieu. Segundo Waldron, Montesquieu “[...] anunciou várias vezes que, a menos que os diferentes poderes de governo estivessem separados, o resultado seria a tirania, mas ele nunca explicou o porquê” (2013, p. 453, tradução livre<sup>61</sup>).

Por qual razão a separação dos poderes poderia garantir a liberdade? Waldron entende que essa resposta nunca foi dada por Montesquieu (WALDRON, 2013, p. 454). Para o autor, a importância do princípio parte de sua própria caracterização, por meio da qual o exercício do poder é conceitualmente dividido em três funções principais: legislar, julgar e administrar. Segundo ele, desse conceito poderiam ser extraídas duas conclusões gerais: a de que o exercício do poder político não é algo trivial e que cada uma dessas funções é relevante em si mesma (WALDRON, 2013, p. 456).

As funções se sucedem de forma ordenada e articulada: primeiro, é necessária a formulação de leis, antes de qualquer função adjudicatória ou administrativa; com base nas regras estabelecidas pelo legislador, a atividade judicial pode, então, desempenhar sua função de solucionar os conflitos que surgem na prática social; e, só depois, respeitados os procedimentos judiciais pertinentes e observadas as leis editadas, é que poderá ser exigido o cumprimento de qualquer decisão. À função administrativa cabe não apenas exigir o cumprimento da decisão, mas também a incumbência de desenvolver estratégias para a implementação das leis já editadas (WALDRON, 2013, p. 460).

---

<sup>60</sup> No original: *I have said that the importance of the Division of Power and Checks and Balances Principles, great though that is, does not account for all of the importance of Separation of Powers. The importance of the Separation of Powers Principle is predicated on the vital distinction between various functions of governance—legislative, adjudicative, and executive—considered in and of themselves, and the vitality of that distinction may be of little interest—certainly little inherent interest—from the point of view of Division of Power and Checks and Balances. All that the Division of Power Principle cares about is that power be dispersed; it does not care particularly what the dispersed powers are. And all that Checks and Balances cares about is that power checks power or be required to concur in another power’s exercise; again what the powers are that counterpoise each other in this balance is of incidental interest.*

<sup>61</sup> No original: *He announced several times that unless the different powers of government are separated, tyranny would result, but he never explained why.*

O poder político é, portanto, fragmentado e exercido de forma concatenada, seguindo uma lógica procedimental, de modo que cada uma dessas etapas é fundamental em si mesma e para o todo, isto é, para o próprio exercício do poder. E cada uma das referidas funções de governança, possui, segundo Waldron, uma integridade própria (2013, p. 460), funcionando sob lógicas distintas e específicas, mas que se complementam nesse contexto mais amplo em que ocorre o exercício do poder político. Nesse sentido:

Exigir respeito pela integridade de cada uma dessas três operações de governo é importante precisamente porque elas devem se encaixar conjuntamente no esquema geral articulado de governança [...]. Queremos que essas três coisas, cada uma em sua integridade peculiar, sejam acomodadas em um esquema comum de governo que permita às pessoas confrontar o poder político de formas diferenciadas. (WALDRON, 2013, p. 466, tradução livre<sup>62</sup>).

Pode-se perguntar então: qual é a importância dessa governança articulada? Ela baliza a atuação dos agentes governamentais, que devem agir de forma limitada, dentro da lógica institucional da qual fazem parte. Quanto às instituições, elas também são, por conseguinte, compelidas a desempenhar os papéis específicos para os quais foram constituídas, de acordo com as regras previamente editadas. A existência de fases para o exercício do poder também o torna permeável à participação das pessoas (WALDRON, 2013, p. 458), o que pode ocorrer em momentos distintos do processo e por meio de diferentes ferramentas de participação.

O desempenho da função legislativa exige observância a vários desideratos. O legislador, em sua lógica institucional, deve buscar efetivar o que foi aqui apontado como sendo os princípios formais do Estado de Direito. A atividade legiferante deve ser orientada pela generalidade, publicidade e estabilidade, assim como deve ser dirigida para situações futuras, de forma inteligível e compatível com as demais regras que fazem parte do sistema jurídico. A atividade judicial, por sua vez, deve se desenvolver com base em procedimentos rigorosamente estruturados, de forma imparcial e independente, possibilitando às partes envolvidas nos litígios a oportunidade de apresentar argumentos, os quais devem ser levados em consideração para aplicação das regras estabelecidas anteriormente pelo legislador.

E é justamente ao olhar para a governança articulada por essa perspectiva que seria possível enxergar uma sobreposição entre exigências do Estado de Direito e da separação dos

---

<sup>62</sup> No original: *Commanding respect for the integrity of each of these three operations of government is important precisely because they have to fit together into the general articulated scheme of governance [...]. We want these three things, each in its distinctive integrity, to be slotted into a common scheme of government that enables people to confront political power in a differentiated way.*

poderes. Para Waldron, o exercício do poder político por meio de procedimentos e instituições, de forma concatenada, iniciando-se com a edição de leis e passando pela aplicação e administração das regras estabelecidas, sucessivamente, seria um ponto em comum entre o ideal do Estado de Direito e o princípio da separação dos poderes. (WALDRON, 2013, p. 459). O que ambos exigem é que: “O legislativo, o judiciário, e o executivo – cada um deve ter sua palavra separada antes que o poder tenha impacto sobre o indivíduo” (WALDRON, 2013, p. 459, tradução livre<sup>63</sup>).

Não é desimportante dizer que a “palavra separada” a ser dada por cada um dos órgãos que exerce o poder é aquela inerente aos papéis que cada um deles deve desempenhar dentro do sistema jurídico. O Legislativo possui o seu próprio papel, assim como o Judiciário e, também, o Executivo. O Legislativo se atém à edição de regras gerais. O Judiciário soluciona conflitos com base nas regras gerais editadas. O Executivo auxilia na implementação das leis. Para Waldron, “[o] papel de um tribunal é resolver disputas de acordo com a lei e conduzir audiências muito bem formalizadas em qualquer questão sobre se uma ação deve ser tomada contra um indivíduo, uma agência ou uma empresa por uma falha em cumprir a norma aplicável” (WALDRON, 2013, p. 462, tradução livre<sup>64</sup>).

O princípio dos pesos e contrapesos, pode, é claro, exigir a concorrência em determinadas atividades, mas a essência do papel institucional a ser desempenhado por cada um deles não é desnaturada. O Judiciário, para atender aos anseios do Estado de Direito, na perspectiva de Waldron, deve desempenhar sua atribuição de colocar fim às divergências sobre a interpretação das normas que são a ele submetidas. E deve fazê-lo observando padrões procedimentais bem definidos. Não basta que as controvérsias sejam pacificadas. Elas precisam ser solucionadas a partir de um procedimento estruturado, no qual é garantida a participação argumentativa dos envolvidos antes que a decisão seja proferida.

A partir de todas essas premissas, é possível colocar o problema de pesquisa aqui retratado em perspectiva. É dizer, o quadro teórico delimitado a partir da concepção procedimental de Estado de Direito de Waldron permite que a questão da definição da pauta do

---

<sup>63</sup> No original: *The legislature, the judiciary, and the executive – each must have its separate say before power impacts on the individual.*

<sup>64</sup> No original: *The role of a court is to settle disputes according to law and to conduct highly formalized hearings on any question about whether action should be taken against an individual, an agency, or a firm for a failure to comply with applicable law.*

STF, explicitada nos capítulos anteriores, possa ser examinada criticamente, em cotejo com as exigências do ideal. A primeira reflexão que se propõe é sobre previsibilidade.

A despeito de existir, segundo Waldron, alguma tensão entre a faceta procedimental e a previsibilidade de respostas perseguida pela perspectiva formal, a possibilidade de algum grau de predição parece ser uma característica que atravessa a ambas, embora sejam expressas de maneiras distintas. Na faceta procedimental, a previsibilidade não deixa de ser almejada, até porque não se exclui os aspectos formais do Estado de Direito.

Mas o foco passa a ser a previsibilidade do processo, ou seja, saber que nenhuma restrição ou imposição de sanção será levada a cabo sem que seja oportunizado aos envolvidos o direito de ser ouvido por um tribunal imparcial e sensível aos argumentos apresentados. Trata-se da previsibilidade de saber que a solução dos conflitos se dará a partir do engajamento argumentativo dos envolvidos, que poderão empreender esforços para defender suas próprias convicções dentro de um processo estruturado para essa finalidade.

O exercício do poder adjudicativo se dá por meio de um conjunto concatenado de atos previamente estabelecidos: em linhas gerais, o caso dá entrada no tribunal, o feito é distribuído para algum julgador, que conduz a instrução processual, em atenção aos direitos dos envolvidos, até chegar no momento de se julgar a controvérsia. E, por esse ângulo, a possibilidade de a presidência incluir ou retirar processos da pauta de julgamento segundo suas próprias preferências parece minar, em medida significativa, a noção de previsibilidade do processo.

Um processo é iniciado e conduzido para que seja fornecida uma resposta a um problema real, emergente da prática social. Se o fim do processo e, portanto, a própria solução da controvérsia – que é a finalidade da atuação judicial – é perpetuada indefinidamente, há uma redução da previsibilidade do próprio procedimento. No caso concreto apresentado no segundo capítulo, por exemplo, o momento em que o STF se manifestaria pela (im)possibilidade da execução provisória da pena era imprevisível: dependia da vontade da presidência.

Nessa mesma linha de raciocínio, a noção de um procedimento rigorosamente estruturado, que seria fundamental para uma governança por meio de leis, parece ser afetada pela forma com que o presidente do STF pode operacionalizar seu poder de agenda. Afinal, poder-se-ia chamar de rigorosamente estruturado um processo no qual o fim depende da vontade de um único ator?<sup>65</sup> A resposta a essa pergunta parece ser negativa. Um procedimento

---

<sup>65</sup> Aqui seria possível fazer um paralelo com jogo da “discrecionabilidade do marcador”, descrito por H.L.A. Hart em *O Conceito de Direito* (2007).

sujeito à mera vontade do julgador para chegar ao fim parece destoar da definição de processo estruturado. A presidência do STF pode, portanto, agir em desconformidade com exigências do Estado de Direito ao decidir, com base em suas próprias preferências, colocar ou não um tema para deliberação.

Além disso, agir sem que as razões para sua decisão sejam tornadas públicas, de forma clara e ao alcance das partes que integram a relação processual, tampouco parece cumprir as exigências do ideal. Entre os princípios procedimentais que Waldron sugeriu acrescentar aos desideratos formais do Estado de Direito – que servem de baliza mínima para o desenvolvimento de um processo judicial adequado à uma concepção procedimental – está o direito da parte de ouvir as razões que motivaram um tribunal a alcançar sua decisão e o direito de se insurgir contra ela. As sugestões de Waldron parecem ter como foco as próprias decisões judiciais que possuem conteúdo de mérito, com o condão de dar fim à controvérsia.

O ato da presidência de pautar processos não é, nesse sentido, uma decisão que põe fim ao conflito, mas reflete diretamente na própria possibilidade de uma deliberação chegar ao seu fim e, portanto, no próprio alcance da decisão de mérito. Apesar de ser, nessa lógica, um juízo que diz respeito à organização administrativa dos trabalhos, o poder de agenda da presidência do STF nem por isso parece dispensar a necessidade de ser fundamentado. As partes envolvidas parecem ter, sim, o direito, por exemplo, de saber a razão pela qual um processo que lhes dizem respeito foi retirado de pauta. Aliás, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, por previsão expressa no inciso IX do art. 93 da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Demais disso, o STF possui um papel a ser exercido no contexto político-institucional de governança articulada. Como visto, a atribuição de um tribunal é resolver disputas de acordo com a lei. Na medida em que o Estado de Direito exige dos julgadores certas condutas, inclusive a de compreender que a ausência de uma regra explícita não o autoriza a se distanciar do direito e não o exime de procurar respostas no próprio sistema jurídico para a solução dos casos, o exercício do poder de agenda também não pode escapar ou contrariar a finalidade institucional normativamente atribuída ao órgão.

É verdade que a presidência, no exercício de seu poder de pauta, não está aplicando regras para decidir casos. A despeito disso, a ausência de normas expressas não autoriza o presidente a agir de acordo com as suas próprias inclinações. Por mais que inexistam regras que estabeleçam critérios objetivos para a definição da pauta, ainda assim o presidente do Tribunal, no exercício de suas funções, para além do respeito à dinâmica processual, está submetido à

uma lógica procedimental que deve observância ao próprio papel a ser exercido pela instituição. Em outras palavras, há uma função institucional a ser desempenhada, e a presidência não pode abrir mão desse norte ao realizar suas tarefas administrativas.

No caso do julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade sobre a execução provisória da pena privativa de liberdade, a presidência do Tribunal foi capaz de postergar, com base em seus próprios cálculos de conveniência, a palavra da instituição sobre a matéria. É dizer, o STF deixou de cumprir seu papel – por tempo então indeterminado – por meio da operacionalização do poder de definir a pauta de julgamento ou, poder-se-ia dizer, em razão da vontade da presidência. As disputas envolvendo a adequação do art. 283 do CPP à Constituição ficaram suspensas, sem definição, porque a presidência assim entendeu adequado.

Instado o STF – que é uma instituição colegiada – a se manifestar sobre a constitucionalidade de um artigo legal (art. 283 do CPP), a presidência, individualmente, escolheu não decidir. Postergou a decisão sobre uma controvérsia jurídica relevante, discutida em controle abstrato,<sup>66</sup> que buscava, especificamente, preservar a “palavra separada” fornecida pelo Legislativo no que tange ao conteúdo do princípio da presunção de inocência.

Se cada órgão tem um papel a desempenhar em um quadro mais geral de exercício do poder, a presidência do STF, ao menos no caso concreto apresentado neste trabalho, escolheu quando seria mais adequado desempenhá-lo. E, sob a perspectiva procedimental do Estado de Direito e da ideia de governança articulada, não parece existir fundamento capaz de amparar esse exercício do poder de agenda.

Um quadro de governança articulada refém das preferências da presidência do STF não parece levar a sério as exigências procedimentais do Estado de Direito. Todo o procedimento interinstitucional não poderia, de acordo com a melhor compreensão do Estado de Direito, encontrar-se nas mãos de *um* único ator dentro de *uma* das instituições que integra *um* dos poderes, sob pena de esvaziar o sentido da ideia de poder político fragmentado e exercido de forma concatenada. A definição da pauta sujeita ao arbítrio da presidência do STF parece corresponder a uma possibilidade de desarticular a governança compartilhada entre os órgãos que exercem o poder.

---

<sup>66</sup> Nesse aspecto, reforça-se que, em se tratando de ações de controle concentrado de constitucionalidade, o Tribunal não dispõe de qualquer instrumento relacionado a decidir sobre o que não julgar – diferentemente do filtro da repercussão geral existente para a admissibilidade de recursos extraordinários, conforme explicitado no capítulo 2.

Nesse sentido, é relevante dizer que, no que diz respeito à possibilidade da execução antecipada da pena, enquanto pendente de definição judicial, o Executivo permaneceu cumprindo a decisão que estava fadada a ser modificada pelo próprio STF, executando ordens de encarceramento contra o texto do art. 283 do CPP. O Legislativo, por sua vez, além da expectativa da decisão judicial que estaria por vir, teve sua “palavra separada” preterida pelo STF por um período de tempo dilatado pela atuação da presidência.

Dito isso, há, ainda, um outro aspecto relevante sobre o Estado de Direito que pode contribuir para a compreensão do poder de pauta da presidência do STF, e cuja reflexão densifica o quadro teórico das facetas procedimental e formal do ideal. É o que se tentará abordar no próximo capítulo.

#### 4 ESTADO DE DIREITO E FIDELIDADE

Leis gerais, estáveis, devidamente publicizadas e inteligíveis, contendo regras coerentes entre si e dirigidas para regular situações futuras. Procedimentos estruturados, que reconheçam a existência de divergências sobre o significado das normas e valorizem a troca argumentativa entre as partes envolvidas para se alcançar a solução para os conflitos existentes. Um poder que seja exercido de forma fragmentada quanto às funções legislativas, judiciais e executivas, mas que se complementam e qualificam a própria ideia de governança por meio de leis. Essas são, em linhas gerais, as emanações das facetas formal e procedimental do Estado de Direito apresentadas no último capítulo.

Todas essas características são fundamentais para a noção de Estado de Direito, mas elas não se implementam, quando isso é o caso, por forças sobre-humanas. As regras são editadas por pessoas, os procedimentos são conduzidos por pessoas e as instituições também são dirigidas por pessoas. O Estado de Direito não é um produto, pronto e acabado, disponível para ser adquirido e implementado. É, antes de tudo, uma construção social, um empreendimento coletivo, realizado por pessoas que pertencem a uma mesma comunidade política e que estão subjugadas à mesma lógica que orienta o exercício do poder: o direito.

Desde a Grécia antiga, o ideal do Estado de Direito expressava o pensamento de que as leis não eram apenas um instrumento de governança, mas eram feitas para guiar as ações, tanto dos governantes, no exercício do poder político, como dos cidadãos, em suas interações intersubjetivas cotidianas, segundo Gerald Postema (2013, p. 1). Partindo dessa premissa, Postema compreende que as abordagens do ideal sob seus aspectos formais, procedimentais e institucionais são incompletas, por não se voltarem para as próprias condições de realização do Estado de Direito. Para o autor, não é possível compreender o ideal sem aquilo que ele denomina de fidelidade (2013, p. 2).

Mas, o que é a fidelidade que possibilita a realização do Estado de Direito? Postema constrói o seu raciocínio a partir do que seria um caso de infidelidade, isto é, de fracasso do Estado de Direito pela ausência de fidelidade, o que permite clarificar alguns aspectos fundamentais de sua concepção. O exemplo oferecido em *Law's Rule: Reflexivity, Mutual*

*Accountability, and the Rule of Law* (2013)<sup>67</sup> é o caso real de um juiz que atuava no Condado de Luzerne, na Pensilvânia, Estados Unidos da América, responsável por uma espécie de Vara da Infância e Juventude.<sup>68</sup> O juiz, Mark Ciavarella, havia prolatado diversas sentenças condenando menores à detenção em instituições privadas entre os anos de 2003 a 2008. As sentenças eram precedidas por audiências rápidas, em média de quatro minutos (2013, p. 2), e nas quais menores eram severamente punidos mesmo diante da prática de atos de menor gravidade, violando o caráter restaurativo do sistema juvenil estadunidense, o qual deveria ter por finalidade atender ao melhor interesse dos menores.

O juiz, em sua sanha punitivista, ignorava as disposições legais e proferia sentenças seguindo suas próprias preferências, e o fazia por meio de procedimentos que tampouco respeitavam as garantias do devido processo legal (POSTEMA, 2013, p. 2). Em 2009, depois de milhares de sentenças prolatadas pelo juiz, descobriu-se que a política judicial de tolerância zero por ele adotada era motivada, na verdade, por interesses próprios: ele havia recebido, junto com outro juiz do condado, milhões de dólares durante esse período para enviar menores a centros de detenções privados, enquanto empreendia esforços para acabar com o centro de detenção público que lá existia (POSTEMA, 2013, p. 3). Depois de ser acusado e julgado, o juiz acabou sendo condenado pelos crimes que cometeu e as sentenças por ele exaradas ao longo dos anos foram anuladas.

O caso, por si só, revelaria diversas violações ao aspecto procedimental do Estado de Direito, por desrespeitar os princípios básicos que devem informar o processo judicial, como visto no capítulo anterior. Ao relatá-lo, no entanto, Postema está preocupado com uma dimensão distinta, que é a da fidelidade ou, no caso, da infidelidade ocorrida naquela comunidade. E o fracasso da fidelidade não se resume à atuação corrupta do magistrado:

Enquanto o motivo venal não foi descoberto até 2009, as práticas de negação sistemática dos direitos constitucionais do devido processo, sentenças excessivamente severas e impostas de forma arbitrária, e total desrespeito à lei foram totalmente inquestionadas por muitas pessoas - outros juízes, promotores, defensores públicos, oficiais e funcionários do tribunal, polícia, oficiais de liberdade condicional, administradores escolares, professores, conselheiros e outros - que as viram e ouviram, mas não fizeram nada para desafiá-las (POSTEMA, 2013, p. 3-4, tradução livre<sup>69</sup>).

<sup>67</sup> Em outro artigo, *Fidelity in Law's Commonwealth* (2013b), Postema utiliza outro caso concreto para ilustrar a infidelidade, qual seja, o caso bárbaro da violência e dos abusos cometidos no regime de segregação racial implementado nos Estados Unidos, conhecido por *Jim Crow*. Para mais detalhes, cf. POSTEMA, 2013b.

<sup>68</sup> A expressão utilizada no texto original é *juvenile court*.

<sup>69</sup> No original: *While the venal motive was not uncovered until 2009, the practices of systematic denial of constitutional due process rights, excessively harsh and arbitrarily imposed sentences, and utter disregard for the*

A atenção de Postema, neste caso, é voltada para o fato de que as pessoas que pertenciam àquela comunidade – agentes públicos ou não –, que testemunharam todos os abusos perpetrados pelo juiz e todas as evidentes violações aos direitos dos menores submetidos ao tribunal, permaneceram inertes. Nada – ou muito pouco – foi feito para coibir as violações. Esse, portanto, teria sido um caso de colapso jurídico, segundo Postema, em que o direito e a proteção por ele salvaguardada teria sido amplamente desprezada. Teria sido um caso de fracasso do Estado de Direito em razão do fracasso em se manter a exigência de fidelidade no contexto daquela comunidade política (POSTEMA, 2013, p. 5).

Para que seja possível compreender exatamente o que Postema quer dizer por fidelidade, é necessário voltar à própria noção de Estado de Direito, que está baseada, segundo ele, na ideia de que o direito garante proteção e recurso contra o exercício arbitrário do poder. A proteção, nesse entendimento, ocorre no sentido de constrirem de antemão o exercício do poder e o recurso expressa a possibilidade de se atribuir responsabilidade àqueles que o exerceram (POSTEMA, 2013, p. 6), diferenciando-se, portanto, em relação ao recorte temporal: antes e depois do poder ser exercido.

Essa é, de acordo com Postema, a ideia ou o objetivo fundamental do Estado de Direito: se opor ao poder arbitrário. É necessário ressaltar que essa ideia básica pode ser mobilizada por diferentes correntes do pensamento e ideologias (POSTEMA, 2013, p. 14), as quais podem invocar ou atribuir diferentes características ao conteúdo do conceito. É dizer, o Estado de Direito pode ser invocado por diferentes perspectivas e com diferentes atributos. Por essa razão, o ideal, ao menos compreendido em sua ideia nuclear, não pertence a uma tradição específica da teoria política:

Não há nada necessariamente individualista ou ocidental na ideia central em si. O objetivo de proteger contra o abuso de poder, de fornecer garantias contra a má governança e definir uma estrutura de relações comunitárias seguras tem amplo apelo intercultural. O Estado de Direito é uma ideia e um ideal político poderoso, mas não é essencialmente ocidental. Suas instituições se destinam a fazer com que o poder seja responsabilizável - não apenas o poder político de grandes governos, não apenas o poder econômico e social de grandes entidades corporativas, mas exercícios de poder onde quer que eles possam ser encontrados em uma comunidade política. (POSTEMA, 2013, p. 14, tradução livre<sup>70</sup>).

---

*law went entirely unquestioned by hosts of people – other judges, district attorneys, public defenders, court officers and staff, police, probation officers, school administrators, teachers, counsellors, and the like – who saw and heard but did nothing to challenge them.*

<sup>70</sup> No original: *There is nothing necessarily individualist or Western about the core idea itself. The aim of protecting against abuse of power, providing securities against misrule, and defining a framework of secure communal relations has broad cross-cultural appeal. The rule of law is a powerful political idea and ideal, but it is not an essentially Western one. Its institutions are meant to hold power accountable – not just the political*

A ideia do que seria a essência do Estado de Direito, porém, exige que alguns de seus aspectos sejam clarificados. O primeiro ponto destacado por Postema é o de que o Estado de Direito se preocupa com o exercício de poder. E o poder, para o autor, pode ser tanto político, exercido por alguma autoridade no contexto político-institucional, como também social, ou seja, exercido entre os próprios membros da comunidade, de forma horizontal. O Estado de Direito, nessa perspectiva, seria um modo de governança, de exercício do poder político, mas também um modo de associação (POSTEMA, 2013, p. 7), no qual as pessoas se organizam e se relacionam sob um mesmo conjunto de regras. Nesse sentido, para o autor, o Estado de Direito se preocupa com o abuso de qualquer forma de poder em uma sociedade (2013, p. 6), seja ele político ou social.

Além disso, o princípio se volta, especificamente, para o exercício arbitrário do poder. O poder arbitrário, segundo Postema, é aquele desempenhado de forma unilateral, como uma decisão ou escolha livre do próprio agente (POSTEMA, 2013, p. 7-8). Não há preocupação, no arbítrio, para que a ação esteja amparada em uma norma jurídica, de modo que o agente persegue suas próprias preferências, da maneira que melhor lhe satisfaz. No arbítrio, a única perspectiva relevante é a do próprio agente, ignorando-se as demais (2013, p. 8) e, também, o caráter discursivo no qual a prática do direito se assenta. “O ato é arbitrário, mesmo que seja razoável, fundamentado ou justificado, se for desempenhado inteiramente por vontade ou prazer de seu agente” (POSTEMA, 2013, p. 7, tradução livre<sup>71</sup>). Assim, os fundamentos e as justificativas que não são rastreáveis às normas jurídicas que organizam a comunidade política não são suficientes para afastar o arbítrio.<sup>72</sup>

A noção de Estado de Direito também subentende que o direito é o instrumento adequado para desempenhar seus fins, isto é, para servir como proteção e recurso ao uso arbitrário do poder (POSTEMA, 2013, p. 8). De acordo com Postema, o direito não se resume ao texto legal, e deve ser compreendido como um sistema de governança, levando-se em conta as instituições e procedimentos que tornam possível a aplicação das leis, além de seu caráter argumentativo e de sua forma discursiva de raciocínio. Isso porque o direito envolve, a todo

---

*power of big governments, not just the economic and social power of large corporate entities, but exercises of power wherever they can be found in the polity.*

<sup>71</sup> No original: *The act is arbitrary, even if it is reasonable, reasoned, or justified, if it is undertaken entirely at the will or pleasure of its agent.*

<sup>72</sup> A noção de arbítrio em Postema parece compatível com o que Joseph Raz (2019), em sua formulação mais recente sobre Estado de Direito, apontou como sendo uma ação arbitrária. Para Raz (2019, p. 5), o uso arbitrário do poder é aquele uso indiferente às razões para as quais o poder deveria ser utilizado. Para uma análise curta, mas precisa sobre a ideia desenvolvida por Raz, cf. Bustamante, 2019.

momento, a realização de juízos, por meio dos quais são ofertados argumentos e razões para ampará-los ou desafiá-los (POSTEMA, 2020, p. 37). Nessa perspectiva, o autor esclarece que: “[a] disciplina específica do raciocínio sistêmico e deliberativo no direito, junto com regras positivadas e instituições formais de administração e adjudicação, constituem o arsenal de sua prometida governança sobre o poder arbitrário” (POSTEMA, 2013, p. 9, tradução livre<sup>73</sup>).

Por último, o Estado de Direito pressupõe a noção de responsabilização. Segundo Postema, a responsabilização ocorre por meio de uma “relação interpessoal normativamente estruturada” (POSTEMA, 2013, p. 9), em que uma parte se torna responsiva a outra por uma decisão ou ato que tenha realizado. A noção de responsabilização, no que diz respeito ao Estado de Direito, na visão de Postema, traz em sua essência a ideia de que aquele que exerce algum poder deve ser publicamente responsabilizável por seus atos, podendo ser demandado a prestar contas e a ofertar explicações acerca da pertinência de suas ações às balizas normativas estabelecidas e que supostamente poderiam amparar seus atos. Afinal, quem exerce o poder também está sujeito ao sistema do direito.

E sobre a ideia de responsabilização, Postema esclarece que a existência de sanção formal não é um aspecto central para a sua compreensão. Para ele, “o oposto de responsabilização não é impunidade (estar livre de resposta punitiva), mas de imunidade (estar livre de responsividade)” (POSTEMA, 2013, p. 10, tradução livre<sup>74</sup>). A ideia é a de que aqueles que exercem algum tipo de poder podem – e devem – ser questionados por suas ações e instados a apresentar as justificativas e argumentos que seriam capazes de endossar seus atos. O poder deve ser exercido de forma publicamente responsiva, de modo que seja possível ser contraposto às expectativas normativas dos demais agentes.

Feitas essas considerações, retomando o que foi dito linhas atrás, Postema não se opõe às formulações formais e procedimentais do Estado de Direito. Ele reconhece que essas facetas são aceitas pela maioria das pessoas que defendem o ideal (POSTEMA, 2013, p. 12) e reconhece que a própria finalidade, de servir como proteção e recurso ao exercício do poder arbitrário, exige conformação em relação à forma das leis e à sua implementação (2013, p. 6). No entanto, o princípio exige algo mais. Algo que não se satisfaz por aspectos meramente

---

<sup>73</sup> No original: *Law’s distinctive discipline of systemic, deliberative reasoning, along with posited rules, and formal institutions of administration and adjudication, constitute the arsenal of its promised rule over arbitrary power.*

<sup>74</sup> No original: *The opposite of accountability is not impunity (freedom from punitive response) but immunity (freedom from answerability).*

formais e procedimentais. Ele demanda, segundo o autor, um *ethos* que é necessário para a própria realização do ideal:

Para compreender as condições necessárias para a realização do estado de direito em uma comunidade política, devemos olhar além dos padrões canônicos formais e procedimentais amplamente aceitos como componentes do ideal do estado de direito, e mesmo além dos princípios substantivos mais controversos frequentemente propostos. Nós temos que olhar e explorar o que chamei de dimensão da *fidelidade*. O estado de direito, defendo, compreende não apenas (a) um conjunto de padrões para as normas e para a conduta de agentes governamentais, e (b) um conjunto de instituições jurídicas fundamentais e procedimentos para a administração dessas normas, mas também e de maneira crucial um terceiro componente: (c) um *ethos*, um conjunto de relações e responsabilidades enraizadas em convicções e compromissos fundamentais. (POSTEMA, 2013, p. 15-16, tradução livre<sup>75</sup>).

Para Postema (2013, p. 16), é a interseção entre esses aspectos que constitui o Estado de Direito. É, portanto, impossível compreender adequadamente o ideal sem a dimensão da fidelidade, que é esse *ethos* constituído pelas relações, responsabilidades, convicções e compromissos existentes em uma comunidade política. O Estado de Direito é um empreendimento que exige um compromisso compartilhado entre todos, entre os agentes públicos e os cidadãos (POSTEMA, 2013, p. 17), para cumprir seu papel contra o arbítrio.

Segundo o autor, o ponto central da fidelidade é ético, pois se preocupa tanto com a cultura de uma comunidade política, isto é, com os entendimentos e as práticas compartilhadas, como também se volta para as responsabilidades mútuas que são assumidas pelos membros dessa comunidade, inclusive a de exigir uns dos outros seu respectivo adimplemento (POSTEMA, 2013, p. 18). Por essa razão é que o autor afirma:

Assim, o estado de direito é robusto em uma comunidade política apenas quando seus membros assumem a responsabilidade de responsabilizar uns aos outros, e especialmente os agentes do direito, perante o direito. A fidelidade dos cidadãos e dos funcionários, propriamente falando, não é uma questão de fidelidade nem ao direito nem ao governo, mas sim de fidelidade uns aos outros. (POSTEMA, 2013, p. 18, tradução livre<sup>76</sup>).

---

<sup>75</sup> No original: *To understand the conditions necessary for the realization of the rule of law in a polity we must look beyond the canonical formal and procedural standards widely accepted as components of the rule of law ideal, and even beyond the more controversial substantive principles often proposed. We must look to and explore what I have called the dimension of fidelity. The rule of law, I maintain, comprises not only (a) a set of standards for laws and for the conduct of governmental agents, and (b) a set of core legal institutions and procedures for administration of these laws, but also and crucially a third component: (c) an ethos, a set of relationships and responsibilities rooted in core convictions and commitments.*

<sup>76</sup> No original: *Thus, the rule of law is robust in a polity just when its members take responsibility for holding each other, and especially law's officials, to account under the law. Fidelity of citizens and officials alike, properly speaking, is a matter of fidelity neither to law or to government, but rather of fidelity to each other.*

A noção de responsabilização, por conseguinte, é fundamental para se entender a dinâmica desse *ethos*, o qual, por sua vez, é necessário para a compreensão do Estado de Direito. Isso porque os sobreditos compromissos compartilhados não se resumem a agir em conformidade com as regras editadas – como poderia sugerir Fuller, aponta Postema (2013, p. 17). Eles exigem uma postura ativa, no sentido de se demandar dos membros da comunidade política a observância das leis e das responsabilidades atinentes a cada um (POSTEMA, 2013, p. 18). “A fidelidade envolve responsabilização mútua, assim como conformidade recíproca” (POSTEMA, 2013, p. 18, tradução livre<sup>77</sup>). Para Postema (2013, p. 33), o governo por meio de leis não é compatível com a apatia dos cidadãos.

A ideia por trás desse pensamento é a de que o direito estrutura as relações sociais e baliza o exercício de qualquer forma de poder. Assim, dentro de uma comunidade política organizada pelo direito, o poder só pode ser exercido quando fundado e endossado por uma norma jurídica. A relação, como dito linhas atrás, é normativamente estruturada, de modo que, quando uma pessoa cobra da outra a conformidade com o direito, ela também se sujeita a ser cobrada – e responsabilizada – a agir de acordo com as regras estabelecidas. Afinal, elas participam da mesma comunidade política, organizada pelas mesmas normas. Tanto quem exige a conformidade com o direito, como quem tem a tarefa de aplicá-lo, está sujeito a exercer esses poderes segundo o próprio direito. A ideia de responsabilização está ancorada, portanto, na noção de reflexividade. Para Postema:

[...] afirmar que se responsabiliza outrem é reivindicar a participação em uma relação de responsabilização normativamente estruturada e reivindicar justificação para a responsabilização de alguém por alguma norma pressuposta nessa relação, uma norma à qual ele está sujeito. Mas estar sujeito a uma norma, como vimos, é estar sujeito a prestar contas à outra pessoa. Um responsabilizador que não é responsivo não é algo a ser temido; é estritamente impossível. (POSTEMA, 2013, p. 27, tradução livre<sup>78</sup>).

Em outras palavras, estar sujeito ao governo das leis é, na concepção de Postema, estar sujeito ao julgamento do outro (2013b, p. 16). Sujeitar-se ao direito não é uma tarefa de autoimposição, mas, sim, de estar sujeito ao que o outro pensa sobre qual é a forma adequada de agir conforme as regras. O governo do direito é incompatível com a ideia de que uma pessoa

<sup>77</sup> No original: *Fidelity involves mutual accountability as well as reciprocal compliance.*

<sup>78</sup> No original: *[...] to claim to hold another accountable is to claim to participate in a normatively structured accountability relationship and to claim warrant for one's accountability-holding in some norm presupposed by that relationship, a norm to which one thereby is subject. But to be subject to a norm, as we have seen, is to be accountable to another. An unaccountable accountability-holder is not something to be feared; it is strictly impossible.*

tem exclusividade para decidir, por si mesma, se o poder que exerce é compatível com o ordenamento jurídico. Isso acontece porque, em uma comunidade política organizada pelo direito, inexistente legitimidade exclusiva para arbitrar se o poder é ou não rastreável a uma norma jurídica: essa ideia, caso aceita, estaria em descompasso com o caráter discursivo do direito. A imagem de um indivíduo que afere responsabilidades, mas não é responsabilizável (um *unaccountable accountability-holder*, nas palavras de Postema), é incoerente com a ideia de fidelidade.

O Estado de Direito exige que todos dentro de uma comunidade política estejam sujeitos ao direito e que respondam uns aos outros, que sejam responsabilizáveis uns em face dos outros. Isso vale para todos, sem exceções. Ninguém que exerce o poder – e, portanto, que submete o outro a seu comando, endossado pelas regras existentes – está livre de responder pelos seus atos e de prestar contas nos mesmos termos das regras que aplica. Por isso, a noção de responsabilização que integra o conceito de Estado de Direito é incompatível com a existência da figura de um soberano (POSTEMA, 2013, p. 29), de alguém que exige o cumprimento das regras, mas que, ao mesmo tempo, não é compelido a cumpri-las, como é possível encontrar nos escritos hobbesianos.

Segundo Postema, as relações de responsabilização são mais bem compreendidas como uma teia ou uma rede que se interconecta em diferentes níveis (2013, p. 29). Todos aqueles pertencentes a uma comunidade política estão interligados, orientados pelo mesmo guia normativo que é o direito. É por isso que os cidadãos podem exigir o cumprimento das leis uns dos outros, mas, de forma verticalizada, também as autoridades públicas podem ser demandadas a prestar contas pelo poder que exercem em nome do direito:

Onde o estado de direito é adequadamente realizado, os exercícios de poder por autoridades civis tomados ao abrigo de normas podem ser contestados em um tribunal. Não só podem ser feitas demandas para uma exibição pública dos fatos sobre os quais o exercício do poder se baseia, mas aqueles que estão sujeitos a esse exercício de poder podem exigir que o fundamento para que as autoridades ajam dessa forma seja tornado público, e podem contestar sua validade, interpretação e aplicação. Os cidadãos são responsáveis perante as autoridades, mas as autoridades também o são perante os cidadãos, por meio das atividades do tribunal. (POSTEMA, 2013, p. 30, tradução livre<sup>79</sup>).

---

<sup>79</sup> No original: *Where the rule of law is adequately realized, the exercises of power by civil authorities taken under colour of law can be challenged in court. Not only can demands be made for a public showing of the alleged operative facts on which the exercise of power is premised, but those subjected to this exercise of power can demand that the authorities' warrant for so acting be produced publicly, and can challenge its validity, interpretation, and application. Citizens are accountable to authorities, but so too are authorities accountable to citizens, through the offices of the court.*

Com o acréscimo da noção de fidelidade à compreensão de Estado de Direito, Postema confere uma densidade ao ideal que as facetas formal e procedimental não conseguem atingir. O Estado de Direito passa a exigir, a partir dessa concepção, além do cumprimento dos desideratos formais e dos procedimentos necessários à administração e aplicação das regras, uma atitude entre os membros da comunidade política. Uma atitude correspondente a cobrar uns dos outros, de seus concidadãos, agentes públicos ou não, a observância dos padrões normativos que servem como guia para as ações daquela comunidade.

Além disso, a fidelidade exige que as pessoas pertencentes a uma comunidade política organizada pelo direito estejam dispostas a questionar o exercício do poder. Nesse aspecto, é necessário esclarecer que o triunfo do ideal não depende da expurgação do arbítrio. O Estado de Direito, enquanto um ideal de moralidade política, pode ser realizado em maior ou menor grau (POSTEMA, 2020, p. 35). Por isso, falar em Estado de Direito não significa dizer que o poder nunca é exercido de forma arbitrária em determinada comunidade. Pelo contrário, ele até pode ser exercido arbitrariamente, mas, onde o Estado de Direito é robusto, o arbítrio, quando praticado, é repreendido e os agentes são devidamente cobrados e responsabilizados pelos seus atos (POSTEMA, 2013, p. 15).

Diante de todo esse cenário, é necessário evidenciar que as instituições são fundamentais para garantir o *ethos* do direito (POSTEMA, 2013, p. 32), fornecendo o aparato indispensável tanto para nutrir as relações, responsabilidades e compromissos compartilhados (2013, p. 35), como também para tornar factível a responsabilização. Entre as instituições, destaca-se a importância dos tribunais para a concretização do Estado de Direito, tendo em vista que desempenham papel fundamental no processo de responsabilização pública, tanto das autoridades como dos cidadãos (POSTEMA, 2013, p. 30). E a fidelidade exige atitudes por parte dos julgadores que vão além da imparcialidade, do respeito às partes e ao procedimento e do comprometimento em prolatar decisões fundamentadas e com atenção aos argumentos e às evidências a eles apresentados. A fidelidade exige que eles, juízes, reconheçam que a gramática nos tribunais é a do direito e não a de suas relações pessoais (2013, p. 32).

Nesse ponto da argumentação, pode-se extrair uma consequência muito importante para o objeto deste trabalho. O próprio autor afirma que, apesar de sua essencialidade, os tribunais são apenas uma das diversas tramas que compõem a rede de responsabilização que deve existir em uma comunidade política organizada pelo direito (POSTEMA, 2013, p. 30). Não se poderia imaginar uma instituição que, por si só, garantisse o ideal dentro de uma concepção que parte da premissa de compromissos e responsabilidades compartilhadas. Como visto, na perspectiva

da fidelidade, cada um tem a responsabilidade de agir de acordo com o direito, mas também de exigir que o seu concidadão o faça, inexistindo a figura de um indivíduo ou instituição que toma responsabilidades, mas não é responsabilizável.

Juízes não estão alheios ao *ethos* do direito. O magistrado é um dos atores que exerce poder político e ele participa da mesma comunidade que as partes litigantes a quem as decisões são dirigidas, respondendo, portanto, pelos atos que pratica. Além disso, juízes atuam em instituições que desempenham papel fundamental para a concretização do Estado de Direito, mas isso não significa dizer que são os depositários do empreendimento cooperativo que é o Estado de Direito. Todas as pessoas, agentes públicos ou não, são responsáveis pela concretização do ideal. Nesse sentido, Postema alerta que:

[...] embora o judiciário desempenhe um papel crucial na realização do estado de direito, é um erro presumir que os juízes são os únicos guardiões da lei e um erro ainda maior é acreditar que o estado de direito é, em última instância, o governo de juízes. Pois isso é apenas conferir ao judiciário o status incoerente de um responsabilizador que não responde a ninguém. (POSTEMA, 2013, p. 36, tradução livre<sup>80</sup>).

Os tribunais – e, portanto, as pessoas que os dirigem – não podem se alçar a uma tarefa que não tem lugar na concepção do Estado de Direito: a de se colocar na posição de uma instituição que responsabiliza os outros, mas ao mesmo tempo não é responsabilizável, isto é, não é responsiva aos demais membros da comunidade política. A ideia de que os tribunais ou juízes possuem legitimidade exclusiva para determinar o que é legalmente válido (POSTEMA, 2013, p. 40) é incompatível e incoerente com a ideia locucionada pela fidelidade. Até porque a noção de responsabilidade mútua exige, por vezes, questionar a própria atuação e exercício do poder por agentes públicos, aí inclusos os juízes e o Judiciário.

Segundo Postema (2013, p. 40-41), os tribunais não podem reivindicar soberania em detrimento de qualquer outro órgão que exerce o poder. A ideia de soberania, como exposto linhas atrás, não tem lugar em uma comunidade que pretende ser governada pelo direito:

O ideal de estado de direito desafia fundamentalmente a doutrina da soberania, onde quer que esteja. A lógica do estado de direito esvazia a soberania, porque rejeita a suposição de hierarquia de poder que está em seu centro. O ideal de estado de direito, devidamente compreendido, é rival da doutrina da soberania. Ele exige uma responsabilização recíproca e complexa. Assim, o argumento central deste ensaio não é um argumento para transferir o poder de governo soberano do executivo para o

---

<sup>80</sup> No original: [...] *although the judiciary plays a crucial role in realizing the rule of law, it is a mistake to assume that judges are the sole guardians of the law and even a greater mistake to believe that the rule of law is ultimately the rule of judges. For that is just to confer on the judiciary the incoherent status of an unaccountable accountability-holder.*

parlamento, ou do parlamento para os tribunais, ou mesmo do governo para o povo. (POSTEMA, 2013, p. 41, tradução livre<sup>81</sup>).

As formulações de Postema aqui apresentadas, especialmente a imagem de uma instituição que toma responsabilidades, mas não é responsabilizável, isto é, um *unaccountable accountability-holder*, permitem lançar luzes sobre a questão da pauta de julgamento do STF. Retomando o caso concreto envolvendo a (im)possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, apresentado no capítulo 2 deste trabalho, é necessário lembrar que o que motivou o ajuizamento das duas Ações Diretas de Constitucionalidade, de nº 43 e nº 44, foi o conflito sobre a interpretação do inciso LVII do art. 5º da Constituição de 1988.

Como visto, a controvérsia surgiu depois que o STF se posicionou sobre o tema no HC nº 126.292, em que afirmou que a execução da pena depois da decisão condenatória proferida em grau de apelação seria compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, sem, contudo, levar em consideração as disposições do art. 283 do CPP. Com o ajuizamento das multicitadas ADCs, o STF foi instado a esclarecer e rever o seu próprio posicionamento acerca do tema. O STF foi provocado a apresentar os fundamentos necessários para decidir pela possibilidade da execução provisória da pena, tendo em vista que a posição por ele assumida não poderia passar ao largo da decisão legislativa que havia sido tomada, sob o risco de se atropelar as etapas da articulação interinstitucional e não levar a sério a ideia de exercício fragmentado do poder, como explicitado no capítulo anterior.

No entanto, quando as ações já tinham sido liberadas para inclusão em pauta, a presidência do Tribunal, no exercício de seu poder de agenda, optou por não as inserir no calendário de julgamento. As razões para esse ato não eram jurídicas, isto é, não eram rastreáveis a normas pertencentes ao sistema. No caso de Cármen Lúcia, a justificativa, revelada em entrevista a jornais, tinha a ver com a convicção dela sobre ser ou não o momento de julgar as ações – mesmo com a pressão interna dos ministros e mesmo com a perpetuação dos efeitos da decisão proferida HC nº 126.292. Em se tratando de Dias Toffoli, a justificativa era temporal,

---

<sup>81</sup> No original: *The ideal of the rule of law challenges fundamentally the doctrine of sovereignty, wherever it is located. The logic of the rule of law drives out sovereignty, because it rejects the assumption of hierarchy of power that lies at its centre. The ideal of the rule of law, properly understood, is a rival to the doctrine of sovereignty. It calls for complex, reciprocal accountability-holding. Thus, the core argument of this essay is not an argument for shifting sovereign governing power from the executive to the parliament, or from parliament to courts, or even from government to the people.*

de observância a um interregno entre uma manifestação do Tribunal e outra, o que também não é disciplinado em qualquer norma jurídica.

A inexistência de critérios objetivos expressos para disciplinar o poder de agenda, contudo, reforça-se, não autoriza o presidente a agir de acordo com as suas próprias preferências. Na ausência de parâmetros normativos prévios, o presidente não está habilitado a fazer somente aquilo que ele entende como mais adequado. O poder exercido de forma unilateral, segundo as próprias preferências do agente e não rastreável a normas jurídicas ou sujeito a qualquer prestação de contas a outros atores sociais, como visto em Postema, corresponde a arbítrio. E o princípio do Estado de Direito se coloca, precisamente, contra exercícios arbitrários de poder em uma comunidade política.

No entanto, aproveitando-se, poder-se-ia dizer, da inexistência de critérios para balizar a tarefa de confeccionar a pauta, a presidência do STF agiu, no caso concreto apresentado, fundada em suas próprias preferências. A presidência adiou, conscientemente, a manifestação acerca da constitucionalidade de uma decisão legislativa e, por consequência, obstruiu o próprio desempenho do papel jurisdicional, que é o de colocar fim às controvérsias.

Ao agir dessa maneira, a presidência se encastelou, no sentido mesmo de criar uma estrutura fortificada na comunidade política, impassível de ser remediada por mecanismos institucionais e, portanto, irresponsiva aos demais cidadãos e autoridades. Assim, além de esgarçar a fidelidade e os compromissos e responsabilidades compartilhados que são por ela entoados, a presidência se alçou em um papel assemelhado à figura de um soberano, a qual, na concepção de Postema, não possui qualquer espaço dentro de uma comunidade organizada pelo direito.

O poder de agenda do STF, nessa ótica, poderia ser um exemplo atual e verossímil da figura de um poder exercido por um *unaccountable accountability-holder*.

#### 4.1 Pontos de conexão, contexto e desafios

A rejeição da ideia de soberania e hierarquia do poder, presente em Postema, ao menos do ponto de vista institucional, parece dialogar com a ideia de governança articulada em Waldron, examinada no capítulo anterior. Como visto em Postema, os tribunais não podem reivindicar soberania em detrimento de outras instituições, sobretudo porque eles constituem

somente uma das diversas tramas que compõem a teia de responsabilização de uma comunidade. Em uma comunidade política organizada pelo direito, comprometida com o seu caráter discursivo e que pressupõe compromissos compartilhados entre todos, e em que todos são responsáveis pelo sucesso do empreendimento, rejeita-se a ideia de uma instituição ou de um agente que teria a prerrogativa de agir em detrimento do outro.

Waldron, também comprometido com o caráter argumentativo do direito, defende a ideia de o poder político ser qualitativamente fragmentado, de modo a ser exercido de forma concatenada e com observância a procedimentos bem definidos. As funções legislativa, judiciária e executiva se complementariam, em uma relação de interdependência. Cada instituição age de maneira limitada, de acordo com os papéis a serem por elas desempenhados no contexto da comunidade política. Por esse ângulo, a imagem de governança articulada também rejeita a figura da soberania.

Nenhuma instituição é mais importante que a outra. Afinal, a decisão isolada de uma instituição que encarna uma das sobreditas funções só é realmente qualificada quando equacionada com a palavra das demais. Em outros termos, na perspectiva da governança articulada, a preocupação é com a decisão construída a partir da interação entre as palavras fornecidas por cada uma das instituições.

Essas considerações são necessárias, pois é possível extrair consequências do uso do poder de agenda pela presidência do STF para além de sua incompatibilidade com exigências de uma concepção de Estado de Direito. Postema reconhece a importância das instituições e, especificamente, dos tribunais para a rede de responsabilização mútua. Mas qual é, exatamente, a função a ser exercida pelos tribunais?

Na concepção da governança articulada, Waldron reconhece ao Judiciário o papel institucional de solucionar conflitos. Mas como, exatamente, deve ser calibrada a articulação interinstitucional? Fornecer respostas a essas indagações não é tarefa simples, principalmente quando se está tratando de um tribunal, como é o caso do STF, que tem competência para realizar o controle de constitucionalidade de leis. Afinal, há uma dificuldade de se justificar o controle de constitucionalidade em democracias constitucionais (BUSTAMANTE, 2015).

Partindo da premissa de que ambos os autores, tanto Postema quanto Waldron, rejeitam a ideia de soberania em suas concepções sobre Estado de Direito, parece ser possível afirmar que ambos rejeitariam qualquer resposta a essas perguntas que pressuponha a existência de uma

instituição com a prerrogativa de se sobrepor a outra, figura comum às chamadas “teorias da última palavra”.

Segundo Conrado Hübner Mendes (2011b), o debate teórico que envolve tais teorias se estrutura a partir da pergunta de quem deveria ter a última palavra em questões constitucionais em uma democracia, dividindo respostas entre defensores de cortes constitucionais e defensores de instituições legislativas. Para o autor, no entanto, essas abordagens são reducionistas e incompletas (2011b, p. 1).

Em contraposição a essa abordagem que antagoniza instituições sobre as quais deveria recair o poder de fornecer a última palavra, estariam as “teorias dos diálogos”. Essas teorias, que tentam superar a perspectiva da última palavra, compartilham minimamente, segundo Mendes (2011b), a ideia de que a decisão de uma corte constitucional não pode ser encarada como uma última palavra, pois tal abordagem perderia a dimensão da política. Tais abordagens, com a introdução das noções de “rodada procedimental” e “última palavra provisória”, enfatizariam que a instituição que decide por último em determinado momento pode ser posteriormente desafiada, estabelecendo-se um diálogo contínuo entre elas (MENDES, 2011a), o que maximizaria as chances de melhores respostas.

Nesse sentido, Rodrigo Brandão diz que: “[...] a grande vantagem da teoria dos diálogos constitucionais consiste em reconhecer as falhas e as virtudes de cada ator institucional, confiando que a interação entre eles em um sistema de separação de poderes contribuirá para a construção de um processo deliberativo melhor” (2017, p. 355-356). Para Mendes:

A teoria normativa produziu uma apoteose da última palavra, duelos imaginários entre o juiz heroico e o legislador perverso, ou vice-versa - entre o juiz ideologicamente dissimulado e legislador com espírito público. Em outro nível, isso também foi visto como um conflito entre os direitos fundamentais e a democracia ou entre maiorias poderosas e minorias vulneráveis. Algumas teorias do diálogo, por sua vez, modularam o tom e rejeitaram essa disputa aparentemente ingênua. Eles fomentam a possibilidade de coexistência de parlamentos e cortes constitucionais sem a necessidade de escolher entre um ou outro. Eles não necessariamente se posicionam sobre o modelo de melhor ou pior juiz e legislador (MENDES, 2011b, p. 2, tradução livre<sup>82</sup>).

---

<sup>82</sup> No original: *Normative theory has produced an apotheosis of last word, imaginary duels between the heroic judge and the wicked legislator, or vice-versa – between the ideologically dissimulated judge and the public-spirited legislator. At another level, this has also been envisioned as a conflict between fundamental rights and democracy or between powerful majorities and vulnerable minorities. Some theories of dialogue, in turn, modulated the tone and rejected that apparently naïve dispute. They foment the possibility of the co-existence of parliaments and constitutional courts without the need to choose between one or the other. They do not necessarily take a stand on the model of best or worst judge and legislator.*

Mendes (2011b) defende uma ideia de separação de poderes deliberativa para compreender a interação entre cortes constitucionais e instituições legislativas e, por conseguinte, contribuir para a justificação da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade (2011b, p. 1). Para o autor, “[n]a separação de poderes, interação é inevitável. Interação deliberativa é um ganho; interação puramente adversarial, se não uma perda, desperdiça seu potencial epistêmico” (MENDES, 2011, p. 31, tradução livre<sup>83</sup>).

Nesse quadro delineado, portanto, qual seria o papel a ser desempenhado pelos tribunais? Partindo do pressuposto de que tribunais ou cortes constitucionais são fóruns deliberativos singulares, Mendes (2012) argumenta que o controle de constitucionalidade, isto é, a possibilidade de juízes controlarem atos legislativos, compatibiliza-se com a democracia. Isso ocorreria porque as instituições encarregadas de tal tarefa seriam “espaços que privilegiam o argumento à contagem de votos, foros decisórios que se caracterizam, essencialmente, pelo esforço de persuadir e a abertura a ser persuadido por meio de razões imparciais” (MENDES, 2012, p. 54).

Como, exatamente, o desempenho da tarefa de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos, que recai sobre uma instituição integrada por juízes não eleitos, é equacionada dentro de um quadro político-institucional mais amplo e que se pretende democrático? Em geral, depositam-se muitas expectativas em relação ao papel a ser desempenhado por tribunais constitucionais (MENDES, 2011b). Até por essa razão, a resposta à pergunta e, por conseguinte, a defesa do controle de constitucionalidade pode ocorrer por diferentes perspectivas.

Mendes (2012; 2013) mapeia algumas dessas visões, apresentando cinco ideias que, segundo ele, não são excludentes entre si, mas lançam luzes sobre aspectos distintos da tarefa de controle de constitucionalidade a ser desempenhada por tribunais. São elas: veto, guardião, fórum do princípio, interlocutor institucional e deliberador (MENDES, 2012, p. 55).

Para o autor, tanto a ideia de veto (ligada à lógica de contenção dos freios e contrapesos), de guardião da Constituição (que “seria um julgador apolítico, com a tarefa de aferir a validade constitucional de decisões legislativas ordinárias” (2012, p. 56), incumbidos de preservar a vontade do constituinte), como a de fóruns do princípio, compartilhariam o pressuposto da

---

<sup>83</sup> No original: *In separation of powers, interaction is inevitable. Deliberative interaction is a gain; purely adversarial interaction, if not a loss, wastes its epistemic potential.*

supremacia judicial, em que as cortes teriam a última palavra em relação às controvérsias constitucionais (MENDES, 2012, p. 57).

Importa dizer, no entanto, que a ideia de fórum do princípio se difere das duas figuras anteriores, pois realça a capacidade argumentativa que os tribunais possuiriam. O cerne do argumento seria de que, nas palavras de Mendes (2012, p. 56), “[g]raças ao seu ambiente institucional relativamente insulado e aos ônus argumentativos que lhes são impostos, cortes constitucionais seriam capazes de decidir através de um tipo superior de razão”.

O enfoque nos argumentos passíveis de serem produzidos pelos tribunais constitucionais também estaria no âmago das duas ideias restantes, quais sejam a de interlocutor e deliberador, as quais, por sua vez, rejeitariam o pressuposto da supremacia judicial (2012, p. 57) e poderiam melhor conceber uma justificação para a autoridade do STF. No caso dos tribunais como interlocutores, a ideia é a seguinte:

O controle de constitucionalidade seria um estágio dentro de uma conversa de longo prazo entre a corte, o legislador e a esfera pública genericamente considerada. Entendê-lo como última palavra seria falso do ponto de vista empírico e indesejável do ponto de vista normativo: falso porque essa abordagem perderia de vista o fato de que, se olharmos através de lentes temporais mais expansivas, há contínua interação ao longo do tempo; indesejável porque a corte deveria trabalhar, segundo essa posição, como um parceiro dialógico que desafia os outros Poderes a responder às razões que ela apresenta, não alguém que define, de cima para baixo, o significado da Constituição. Assim, não haveria autoridade última para tanto, e sim uma interação permanente. A corte, aqui, não deixa de ser um “fórum do princípio”. Entretanto, ela não fala sozinha, e busca ser responsiva aos argumentos que escuta. (MENDES, 2012, p. 57).

As cortes constitucionais como deliberadores lançaria luzes sobre um outro elemento que, segundo Mendes, seria ignorado pelas anteriores:

Essa imagem captaria um aspecto interno das cortes que as outras, e mesmo a anterior, ignoram: cortes são compostas por um grupo pequeno de juízes que interagem entre si por meio do argumento e da persuasão até alcançar uma decisão final. Esse processo interno constituiria uma vantagem comparativa das cortes em relação a instituições estruturadas de maneira diversa (como, por exemplo, a simples agregação de votos segundo a regra de maioria). Cortes beneficiar-se-iam da deliberação colegiada e, graças às suas peculiares condições decisórias, teriam maior probabilidade de alcançar boas respostas na interpretação constitucional. Por isso, além de catalisadoras de deliberação interinstitucional e social, tal como a imagem anterior sugeria, cortes também promoveriam uma boa deliberação intrainstitucional. (MENDES, 2012, p. 57-58).

Para Mendes, a imagem do deliberador seria a mais atraente e completa (2012, p. 58), razão pela qual o autor empreende esforço para identificar quais as tarefas que uma corte

deliberativa possuiria. Nessa linha de raciocínio, Mendes identifica três fases deliberativas, isto é, três momentos do processo de deliberação, aos quais corresponderiam, a cada um, uma tarefa deliberativa distinta. Existiria, para o autor, a fase “pré-decisional”, a “decisional” e a “pós-decisional”, seguidas pelas tarefas de “contestação pública”, “interação colegiada” e “decisão estrita deliberativa”, respectivamente.

Em linhas gerais, a fase “pré-decisional” é marcada pelo surgimento de um conflito a ser solucionado, perpassando por todos os atos durante a instrução do feito, enquanto a fase “decisional” corresponde à interação entre os juízes para a prolação de uma decisão; e a fase “pós-decisional” diz respeito à redação do acórdão e aos desdobramentos e reações na esfera pública despertados pelo provimento judicial (MENDES, 2012, p. 59).

O autor adverte que, a despeito do ganho teórico em se fazer essa distinção, tais fases acabam se sobrepondo na prática, sendo que “[...] não se podem entender essas três fases como uma sequência linear, com fronteiras claras entre o começo e o término de cada uma” (MENDES, 2012, p. 60). Para Mendes:

[...] uma corte genuinamente deliberativa, de maneira curta e direta, é aquela que maximiza o raio de argumentos dos interlocutores ao promover contestação pública na fase pré-decisional; que estimula os juízes numa prática sincera de interação colegiada na fase decisional; e que redige uma decisão deliberativa na fase pós decisional. Em outras palavras: quando alguém se propõe a verificar se uma corte constitucional está cumprindo com seus deveres deliberativos, deve voltar sua atenção para as interações escrita e face a face entre juízes e interlocutores, em seguida para a troca argumentativa entre juízes e, finalmente, para a decisão escrita entregue ao público. (MENDES, 2012, p. 60-61).

Em relação às tarefas deliberativas, as quais servem como indicadores qualitativos (MENDES, 2012, p. 61) para avaliar os momentos de troca de razões, a contestação pública, que, segundo Mendes se inicia pela provocação da jurisdição constitucional e se finda com a instrução do processo, corresponderia ao momento anterior ao relator liberar o processo para inclusão em pauta. Por esse motivo, avaliar o momento pré-decisional e a contestação pública não fornece qualquer elemento para compreender a atuação da presidência do STF no exercício de seu poder de agenda para um projeto deliberativo.

Por outro lado, a interação colegiada, que corresponde à fase decisional, é diretamente impactada pela atuação da presidência. Uma vez que “[o] parâmetro da interação colegiada requer que juízes escutem e incorporem as razões dos seus pares, seja para aderir ou para dissentir” (MENDES, 2012, p. 62), a possibilidade de interação entre os juízes é condicionada

à vontade da presidência. Em vez de ser promovida, a interação colegiada pode ser esvaziada pela atuação da presidência. E, na ausência da deliberação colegiada, da fase decisional, o momento pós-decisional é, evidentemente, inviabilizado. Sem a interação entre os julgadores, o que possibilitaria a tomada de uma decisão, não há o que ser comunicado à esfera pública.

Desse modo, tentar avaliar o processo deliberativo do STF sob os indicadores de “decisão escrita deliberativa” e “interação colegiada”, como proposto por Mendes, é uma tarefa que esbarra na própria autoridade do presidente do Tribunal. Uma tentativa de defender a legitimidade da instituição por meio do papel que ela pode exercer na deliberação pública, portanto, fica comprometida caso a presidência não esteja atenta aos seus deveres e responsabilidades enquanto dirigente de uma instituição que possui uma função específica a ser desempenhada.

A deliberação, como foi demonstrado no caso das ações envolvendo a execução provisória da pena privativa de liberdade, ficou subordinada à vontade da presidência, que, de certa forma, encastelou-se, tanto internamente, afetando a deliberação entre os ministros, como também no contexto dos outros poderes, fazendo prevalecer um entendimento fadado a ser revisto, em detrimento da decisão do legislador que deveria influir no juízo do Tribunal.

Não há, propriamente, um problema com a existência de um poder de definir a pauta de julgamentos. Há um sério problema quando esse poder é mobilizado para prejudicar ou até mesmo servir como obstáculo para a manifestação colegiada e, por conseguinte, para o próprio desempenho do papel institucional a ser cumprido pelo STF em uma perspectiva de governança articulada. Para evitar apropriações indevidas, seria interessante que fossem pensados critérios objetivos para o exercício desse poder.

Apenas a título de exemplo, uma possível saída seria estabelecer um prazo único, aplicável a todas as naturezas processuais, no qual, após o seu transcurso, os processos já liberados pelo relator entrariam automaticamente na pauta de julgamentos. No entanto, essa tarefa de pensar mecanismos formais exige ser avaliada com acuidade e cuidado, o que foge aos propósitos deste trabalho.

De toda forma, “[t]ransformar um ‘tribunal de solistas’ num tribunal deliberativo requer mais que rearranjos procedimentais. Exige que juízes, pessoalmente, entendam e valorizem o espírito da deliberação. Que se tornem, enfim, deliberadores.” (MENDES, 2012, p. 73). Até porque a existência de regras disciplinando a duração do pedido de vistas, como explicitado no

capítulo 1 deste trabalho, não impede que o instrumento processual seja apropriado indevidamente para fins outros que não o normativamente pensado para ele.

Da mesma maneira, critérios para o exercício do poder de pauta sem comprometimento da presidência tampouco parece resolver o problema apontado ao longo deste trabalho. O exercício de um poder que não esteja comprometido com as balizas normativas que orientam as condutas e limitam o seu exercício, mesmo que não explicitamente expressas, tem o potencial de esvaziar a possibilidade de qualquer interação deliberativa não apenas dentro do Tribunal, como também entre as instituições existentes em uma comunidade política.

Uma gestão da pauta de julgamentos insensível às exigências do Estado de Direito, que não reconhece a centralidade do direito, este compreendido não só como um compilado de regras postas, mas também como um sistema de governança que orienta condutas, tampouco parece estar preparada para contribuir e potencializar o papel institucional a ser desempenhado pelo Tribunal. Por conseguinte, uma prática de gestão de pauta como a que se consolidou em nada contribui para legitimar a existência mesma do controle de constitucionalidade de leis em uma comunidade política organizada pelo direito, mas atua em contrariedade a tal objetivo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a tarefa de compreender o processo de definição da pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva de uma concepção de Estado de Direito. Tentou-se capturar, a partir da análise de um caso concreto, os desdobramentos que o exercício do poder de agenda pela presidência do Tribunal pode acarretar para a própria função a ser desempenhada pela instituição no contexto político-institucional.

Em um primeiro momento, tentou-se oferecer uma imagem contextualizada do Supremo Tribunal Federal, a partir de abordagens descritivas que almejam capturar como o Tribunal e, especificamente, a sua prática deliberativa funcionam. Partindo da arquitetura institucional projetada pelo constituinte, buscou-se evidenciar as diversas competências que foram atribuídas ao Tribunal, fazendo com que a instituição não só ganhasse lugar de destaque nesse desenho, como tornando possível que assumisse certo protagonismo na arena política.

Em relação ao modo como decide as questões que lhe são submetidas, demonstrou-se que o STF, a despeito de ser um órgão colegiado, julga a maioria de seus casos monocraticamente. O poder individual de decisão, no entanto, é apenas um dos mecanismos que os ministros possuem em seu repertório para interferir, individualmente, na solução de casos a serem julgados pelo Tribunal. Entre eles, o poder de definir a pauta de julgamentos do plenário, que é conferido à presidência do Tribunal, chamado neste trabalho de “poder de agenda”, é uma faceta importante do referido quadro de individualização do Supremo Tribunal Federal.

Como não existem parâmetros normativos legais ou regimentais para balizar o exercício do poder de agenda, o presidente do Tribunal pode, na prática, manejar os processos da pauta, decidindo o momento adequado para se decidir, seguindo suas próprias preferências, imune a qualquer mecanismo institucional formal para contrapor o exercício desse poder. A partir da análise das ações de controle concentrado de constitucionalidade envolvendo a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, explicitada no capítulo 2, foi possível esclarecer como o poder de agenda da presidência pode ser utilizado de forma arbitrária.

Como foi possível perceber a partir do exame do caso concreto, a atuação da presidência foi fundamental para a manutenção de um entendimento que, segundo as sinalizações de preferência dos ministros, estava fadado a ser superado. Ao não pautar as ações que versavam

sobre a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que já estavam prontas para serem julgadas, a presidência funcionou como um verdadeiro óbice à deliberação, adiando indefinidamente o enfrentamento da controvérsia.

Sob a luz de uma concepção de Estado de Direito, no entanto, a mera ausência de critérios objetivos para balizar a confecção da pauta não autoriza a presidência a exercer o poder de agenda segundo suas próprias preferências, o que equivaleria a arbítrio. Os capítulos 3 e 4 deste trabalho se ocuparam de fornecer ferramental teórico para possibilitar que se fizesse tal afirmação.

No capítulo 3, foi introduzida a noção de Estado de Direito, que é um ideal de moralidade política multifacetado que se volta contra o abuso e o exercício arbitrário do poder, e apresentadas as suas facetas formal e procedimental, com base nas formulações de Lon Fuller e Jeremy Waldron. A partir das concepções apresentadas, foi possível perceber como a operacionalização do poder de agenda pela presidência, potencializada pela ausência critérios objetivos previamente estabelecidos, conflita com algumas das exigências do ideal.

A possibilidade de a presidência manejar a pauta segundo suas próprias inclinações reduz, de modo significativo, a previsibilidade da atuação jurisdicional e, por não ser amparada em qualquer norma jurídica e sequer ser fundamentada, contraria requisitos mínimos que devem informar o desenvolvimento de um processo judicial. Além disso, dentro de uma ideia de governança articulada, em que o exercício do poder político se dá de forma concatenada entre os órgãos que o exerce, a tarefa de definir a pauta de julgamentos não pode contrariar a finalidade institucional do órgão. Uma gestão da pauta subordinada às preferências de um único agente não leva a sério as exigências do Estado de Direito e esvazia o sentido de governança articulada, que justifica o princípio da separação dos poderes.

Em seguida, passou-se a explicitar a concepção de fidelidade para a compreensão do Estado de Direito, que, segundo Gerald Postema, autor trabalhado no capítulo 4, seria condição para a realização do ideal. As facetas formal e procedimental não perdem sua relevância nesta abordagem. Pelo contrário, as exigências e princípios formais e procedimentais são fundamentais para que o ideal cumpra o seu propósito de evitar o uso arbitrário do poder. No entanto, a fidelidade, que se soma a tais características, preocupa-se com o conjunto de relações, responsabilidade, convicções e compromissos que são compartilhados dentro de uma comunidade política e que, por essa razão, tornam possível o empreendimento de governança

por meio de leis. A fidelidade confere uma densidade ao Estado de Direito que vai além dos cânones formais e procedimentais, preocupando-se com a dinâmica da comunidade política que torna possível o desenvolvimento do ideal.

Nessa perspectiva, o Estado de Direito pressupõe a noção de responsabilização. O ideal requer que os membros da comunidade política estejam todos sujeitos ao direito e que sejam responsabilizáveis uns em relação aos outros. A governança por meio de leis é um empreendimento coletivo, que depende da postura ativa de todos, não só para cumprir as normas jurídicas que organizam a sociedade e orientam as condutas, mas, também, para exigir uns dos outros o adimplemento de suas respectivas responsabilidades.

Partindo da premissa de que é um empreendimento coletivo, a concepção de Estado de Direito, atenta aos compromissos compartilhados, rejeita a ideia de soberania ou de hierarquia de poder. A ideia de responsabilização mútua não comporta a figura de uma autoridade que não responde pelos seus atos e que não esteja compelida a exercer o poder de acordo com as normas jurídicas que organizam aquela comunidade política.

Como visto no desenvolvimento do trabalho, a presidência do STF não leva a sério as exigências do Estado de Direito quando se investe na tarefa de usar o poder que lhe é atribuído para, de acordo com suas próprias preferências – e não com fundamento em normas jurídicas que organizam a comunidade política ou em razões dirigidas a outros membros ou instituições da comunidade –, escolher quando e o que poderá ser apreciado pelo colegiado.

Nesse sentido, o trabalho se coloca como uma crítica ao poder de agenda da presidência do STF e aos usos que dele podem ser feitos. Não é só uma crítica ao modo como o poder de agenda foi mobilizado para adiar a deliberação nos casos envolvendo a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, mas uma crítica ao que também pode vir a ser feito.

O poder de agenda da presidência do STF não é algo a ser ignorado. Pelo contrário, deve-se compreender a relevância desse poder e as suas possíveis repercussões, sobretudo para identificar possíveis pontos que impedem o STF de exercer o seu papel institucional de maneira adequada. O STF é uma instituição fundamental para o desenho constitucional projetado pelo constituinte e, por essa razão, o seu aprimoramento – e não a sua destruição, frisa-se – deve ser sempre buscado na comunidade política.

Além disso, o projeto constituinte é ambicioso e necessário. Para levar a sério os objetivos traçados no texto constitucional, explicitados no início deste trabalho, as instituições necessárias para garantir o *ethos* do direito e, portanto, vitais para a própria possibilidade de uma governança por meio de leis, não podem se desviar de seus respectivos caminhos, sob pena de enfraquecer paulatinamente o sistema jurídico.

Por fim, o contexto político-institucional em que este trabalho foi escrito exige um esclarecimento. Falar sobre possíveis violações ao Estado de Direito olhando para a gestão da pauta de julgamento do STF no Brasil de 2021 pode passar a impressão de que o foco está sendo direcionado para uma prática, poder-se-ia dizer, menos problemática. E, talvez, esteja.

Existem incontáveis casos de graves e preocupantes violações ao Estado de Direito no contexto atual. Os exemplos se acumulam diariamente. Se o Estado de Direito é um empreendimento coletivo que depende de todos, no entanto, a responsabilidade pelo atual estágio de (des)cumprimento das exigências do ideal não é um mero acaso ou acidente histórico.

Por isso, nenhum abuso de poder deve ser tolerado em uma comunidade política que pretenda ser governada pelo direito, por mais “insignificante” que ele pareça ser em uma perspectiva comparativa ampla. Não há arbítrio desimportante. O poder arbitrário, onde quer que esteja localizado na comunidade política, deve ser rechaçado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Rodolfo; MARIANI, Daniel. **Qual o perfil da população carcerária brasileira**. Nexo Jornal, 2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/01/18/Qual-o-perfil-da-popula%C3%A7%C3%A3o-carcer%C3%A1ria-brasileira>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

ARAÚJO, Mateus Moraes. **Comportamento estratégico no Supremo Tribunal Federal**. Tese (doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck. A pauta da presidente Cármen Lúcia. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck. Dossiê: O desenho do supremo tribunal federal para além da conjuntura. **Rei-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, 2020.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. **A monocratização do STF: Tribunal delega cada vez mais poder para decisões individuais em ADIs e ADPFs**. Jota, 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-monocratizacao-do-stf-03082015>>. Acesso em: 08 abr. 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Mendes e Lula: uma liminar contra o plenário do Supremo. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017b.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing control without docket control: how individual justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. **Journal of Law and Courts**, v. 5, n. 1, p. 105-140, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo e Cunha: quem decide quando quer, ouve o que não quer. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, p. 13-32, 2018a.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. 'The Court, it is I'? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. **Global Constitutionalism**, v. 7, n. 2, p. 236-262, 2018b.

BARBOSA, Ana Laura; ESTEVES, Luiz Fernando. **Plenário virtual e poder de agenda do presidente do STF: diminuição ou consolidação?** Jota, 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/plenario-virtual-agenda-presidente-stf-diminuicao-consolidacao-28092020>>. Acesso em: 28 set. 2020.

BERGAMO, Mônica; TUROLLO JR., Reynaldo; CASADO, Letícia. **Ministros isolam Cármen Lúcia e cobram debate sobre prisões após 2ª instância**. Folha de S. Paulo, 2018.

Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/ministros-isolam-carmen-lucia-e-cobram-debate-sobre-prisoas-apos-2a-instancia.shtml>>. Acesso em: 01 mai. 2021.

BITTAR, Paula. **Proposta que autoriza prisão após segunda instância causa polêmica na CCJ.** Portal da Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/599695-proposta-que-autoriza-prisao-apos-segunda-instancia-causa-polemica-na-ccj/>>. Acesso em: 06 mai.2021.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020 [1980].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento: 05/02/2009. Publicação: 26/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Publicação: 17/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.752. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento: 04/04/2018. Publicação: 27/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento: 10/11/2016. Publicação: 25/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 43. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 07/11/2019. Publicação: 12/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 44. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 07/11/2019. Publicação: 12/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 54. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 07/11/2019. Publicação: 12/11/2020.

BRÍGIDO, Carolina. **Às vésperas de julgar segunda instância, Toffoli envia sugestão ao Congresso para evitar impunidade.** Jornal O Globo, 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/as-vesperas-de-julgar-segunda-instancia-toffoli-envia-sugestao-ao-congresso-para-evitar-impunidade-24047652>>. Acesso em: 06 mai.2021.

BRÍGIDO, Carolina. **Supremo adia julgamento sobre drogas para evitar conflito com Bolsonaro.** UOL Notícias, 2021. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/carolina-brigido/2021/05/17/stf-drogas-bolsonaro.htm>>. Acesso em: 17 mai.2021.

BRITO, Débora; MELO, Karine. **Deputados defendem que Congresso discuta legislação sobre prisão em 2ª instância.** Agência Brasil, 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-04/deputados-defendem-que-congresso-discuta-legislacao-sobre-prisao-em-2a>>. Acesso em: 05 mai.2021.

BRUM, Eliane. **A vida que ninguém vê.** Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas; DECAT, Thiago (eds). **Philosophy of law as an integral part of philosophy: essays on the jurisprudence of Gerald J Postema.** Oxford, Hart Publishing, 2020.

BUSTAMANTE, Thomas. On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review Be Morally Justified? In: **Democratizing Constitutional Law.** Springer, Cham, p. 29-69, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas. The Rule of Law and the Government's Role in Our Lives. **Jotwell: J. Things We Like**, p. 1, 2020.

CASADO, Leticia. **Carmen Lúcia evita pautar no STF prisão após 2ª instância.** Folha de S. Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/11/1934760-carmen-lucia-evita-pautar-no-stf-prisao-apos-2-instancia.shtml>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

COMELLA, Victor Ferreres. The consequences of centralizing constitutional review in a special court: some thoughts on judicial activism. **Texas Law Review**, v. 82, p. 1705, 2003.

DECAT, Thiago Lopes. **Racionalidade, valor e teorias do direito.** Editora D'Plácido, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto) criação do processo objetivo. In: **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, p. 4357-4377, 2008.

DUTRA, Franklin M. Equal Concern and Respect as the Foundation of Postema's Notion of the Rule of Law. In: BUSTAMANTE, Thomas; DECAT, Thiago (eds). **Philosophy of law as an integral part of philosophy: essays on the jurisprudence of Gerald J Postema.** Oxford, Hart Publishing, 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESTEVEES, Luiz Fernando Gomes. A tentativa de pautar o supremo. In: FALCÃO, Joaquim [et.al.]. **Supremo tribunal criminal: o supremo em 2017.** Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018a.

ESTEVEES, Luiz Fernando Gomes. O que os números dizem sobre a pauta do STF de Cármen? In: FALCÃO, Joaquim [et.al.]. **Supremo tribunal criminal: o supremo em 2017**. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018b.

ESTEVEES, Luiz Fernando Gomes. Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do Tribunal. **Rei-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 129-154, 2020.

ESTEVEES, Luiz Fernando Gomes. Supremo: um tribunal aparentemente eficiente? In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: todos contra o plenário. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, p. 429-469, 2012.

FOLHA DE S. PAULO. **Cármen Lúcia diz que não vai se dobrar à pressão no caso da prisão de Lula**. Folha de S. Paulo, 2018a. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/carmen-lucia-diz-que-nao-vai-se-dobrar-a-pressao-no-caso-da-prisao-de-lula.shtml>>. Acesso em: 01 mai. 2021.

FOLHA DE S. PAULO. **Maia afirma que Congresso deve definir sobre possibilidade de prisão em segunda instância**. Folha de S. Paulo, 2018b. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/maia-afirma-que-congresso-deve-definir-sobre-possibilidade-de-prisao-em-segunda-instancia.shtml>>. Acesso em: 05 mai. 2021.

FONTAINHA, Fernando; DE PAULA, Christiane; SATO, Leonardo; GUIMARÃES, Fabrícia (orgs.) **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.9: Nelson Jobim. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2015.

FONTANA, David. Docket Control and the success of constitutional courts. In: **Comparative Constitutional Law**. Edward Elgar Publishing, 2011.

FULLER, Lon L. **The morality of law**. 1969.

G1. **Em 2016, Supremo decide que pode haver prisão após segunda instância**. G1, 2018a. Disponível em: < <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/04/em-2016-supremo-decide-que-pode-haver-prisao-apos-segunda-instancia.html> > Acesso em: 30 abr. 2021.

G1. **‘Não há razões para isso’, diz Cármen Lúcia sobre STF voltar a julgar prisão após condenação em 2ª instância**. G1, 2018b. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/nao-ha-razoes-para-isso-diz-carmen-lucia-sobre-stf-voltar-a-julgar-prisao-apos-2-instancia.ghtml> >. Acesso em: 01 mai.2021.

GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **Revista Direito e Práxis, ahead of print**, Rio de Janeiro, 2020.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. **Opacidade do plenário virtual, Zika e a censura nas escolas: obstáculo ou estratégia?** Jota, 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/opacidade-plenario-virtual-zika-censura-escolas-12052020>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

HART, Herbert. **O Conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; DA SILVA FERREIRA, Livia. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 13, n. 17, p. 268-283, 2015.

JORNAL NACIONAL. **Prisão após segunda instância volta a dividir posições de ministros do Supremo**. G1, 2017. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/prisao-apos-segunda-instancia-volta-a-dividir-posicoes-de-ministros-do-supremo.ghtml> >. Acesso em: 30 abr. 2021.

LEAL, Fernando. A dança da pauta no Supremo. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

LLOYD, Sharon A.; SREEDHAR, Susanne. Hobbes's moral and political philosophy. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2020 (Summer Edition). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/hobbes-moral/?simple=True> >. Acesso em: 13 mai. 2021.

LOSEKANN, Marcos. **Cármem Lúcia diz que prisão após condenação em segunda instância não voltará à pauta do STF**. G1, 2018. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/carmen-lucia-diz-que-prisao-apos-julgamento-em-segunda-instancia-nao-voltara-a-pauta-do-stf.ghtml> >. Acesso em: 30 abr. 2021.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, letras e Ciências Humanas. 2011a.

MENDES, Conrado Hübner. Imagens do STF. In: AVRITZER, Leonardo et al. **Pensando a democracia, a república e o estado de Belo Horizonte**: Projeto República, 2019.

MENDES, Conrado Hübner. Neither dialogue nor last word: Deliberative separation of powers III. **Legisprudence**, v. 5, n. 1, p. 1-40, 2011b.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, p. 54-73, 2012.

MIGALHAS. **OAB pede que STF adie julgamento sobre prisão após 2ª instância**. Migalhas, 2019. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/quentes/299384/oab-pede-que-stf-adie-julgamento-sobre-prisao-apos-2--instancia> >. Acesso em: 04 mai.2021.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Tempo Social**, v. 28, p. 105-133, 2016.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. Brasil: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2020.

PEREIRA, Thomaz. 714 processos para revolucionar o Supremo. In: FALCÃO, Joaquim [et.al.]. **Supremo tribunal criminal: o supremo em 2017**. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018.

POMPEU, Ana. **Celso tentou reunião para evitar expor Cármen, mas “não houve interesse”**. ConJur, 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/celso-mello-defende-reuniao-evitar-constrangimento-carmen-lucia> >. Acesso em: 01 mai.2021.

POSTEMA, Gerald J. Fidelity, Accountability and Trust: Tensions and the Heart of the Rule of Law. In: BUSTAMANTE, Thomas; DECAT, Thiago (eds). **Philosophy of law as an integral part of philosophy: essays on the jurisprudence of Gerald J Postema**. Oxford, Hart Publishing, 2020.

POSTEMA, Gerald J. Fidelity in law's commonwealth. **Private Law and the Rule of Law**. Dennis Klimchuk, ed., Oxford University Press, Forthcoming, UNC Legal Studies Research Paper, n. 2294665, 2013b.

POSTEMA, Gerald J. Law's Rule: Reflexivity, Mutual Accountability, and the Rule of Law. **Bentham's Theory of Law And Public Opinion**. Xiaobo Zhai and Michael Quinn, eds., Cambridge University Press, Forthcoming, UNC Legal Studies Research Paper, 2013a. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2294632](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2294632)>. Acesso em 10 jul. 2021.

RAZ, Joseph. The Law's own virtue. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 39, n. 1, p. 1-15, 2019.

RECONDO, Felipe; FALCÃO, Márcio. O fantasma de Lula sobre o Supremo. In: FALCÃO, Joaquim [et.al.]. **Supremo tribunal criminal: o supremo em 2017**. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018a.

RECONDO, Felipe; FALCÃO, Márcio. Cármen Lúcia pode adiar o julgamento sobre prisão em segunda instância? In: FALCÃO, Joaquim [et.al.]. **Supremo tribunal criminal: o supremo em 2017**. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018b.

RECONDO, Felipe; FALCÃO, Márcio. Lula, o STF e a revisão da prisão em segunda instância. In: FALCÃO, Joaquim [et.al.]. **Supremo tribunal criminal: o supremo em 2017**. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018c.

RECONDO, Felipe. **Por liminar, auxílio moradia de juízes já custa R\$860 milhões**. Jota, 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/por-liminar-auxilio-moradia-de-juizes-ja-custa-r-860-milhoes-09072015>>. Acesso em: 08 abr. 2021.

RICHTER, André. **Gilmar Mendes suspende prisão após segunda instância de quatro condenados**. Agência Brasil, 2018. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-03/gilmar-mendes-suspende-prisao-apos-segunda-instancia-de-quatro-condenados> >. Acesso em: 03 mai.2021.

RODAS, Sérgio; POMPEU, Ana. **Deputados apresentam PEC para autorizar prisão em segunda instância.** ConJur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-28/deputados-apresentam-pec-autorizar-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 05 mai.2021.

RODRIGUES, Fabiana Alves; ARANTES, Rogerio Bastos. Supremo Tribunal Federal e a presunção de inocência: ativismo, contexto e ação estratégica. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 21-54, 2020.

ROSSI, Marina. **STF suspende julgamento sobre a descriminalização das drogas.** El País, 2019. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/30/politica/1559242849\\_891358.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/30/politica/1559242849_891358.html)>. Acesso em: 23 abr. 2021.

SADI, Andréia. **Prestes a assumir STF, Toffoli pretende pautar julgamento da prisão após 2ª instância a partir de março.** G1, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/andreia-sadi/post/2018/09/03/prestes-a-assumir-stf-toffoli-pretende-pautar-julgamento-da-prisao-apos-2a-instancia-a-partir-de-marco.ghtml>>. Acesso em: 04 mai. 2021.

SCHREIBER, Mariana. **Marco Aurélio critica Toffoli por mudanças na pauta do STF e defende legalizar aborto em caso de zika.** BBC News, 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48549910>>. Acesso em: 18 jul. 2021

SENADO NOTÍCIAS. **Senadores voltam a cobrar do Supremo decisão sobre prisão em segunda instância.** Brasília: Senado Notícias, 2018a. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/14/senadores-voltam-a-cobrar-do-supremo-decisao-sobre-prisao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 01 mai.2021.

SENADO NOTÍCIAS. **Congresso aguarda fim da intervenção no RJ para retomar análise de PECs.** Brasília: Senado Notícias, 2018b. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/25/congresso-aguarda-fim-da-intervencao-no-rj-para-retomar-analise-de-pecs>>. Acesso em: 06 mai.2021.

SENADO NOTÍCIAS. **Prisão após condenação em segunda instância está na pauta da CCJ.** Brasília: Senado Notícias, 2018c. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/09/prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia-esta-na-pauta-da-ccj>>. Acesso em: 06 mai.2021.

SENADO NOTÍCIAS. **Senadores entregam a Toffoli carta de apoio à prisão em segunda instância.** Brasília: Senado Notícias, 2019a. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/11/05/senadores-entregam-a-toffoli-carta-de-apoio-a-prisao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 06 mai.2021.

SENADO NOTÍCIAS. **Proposta sobre prisão em 2ª instância da Câmara terá prioridade no Congresso.** Brasília: Senado Notícias, 2019b. Brasília: Senado Notícias, 2019a. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/11/26/proposta-sobre-prisao-em-2a-instancia-da-camara-tera-prioridade-no-congresso>>. Acesso em: 06 mai.2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, p. 557-584, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

TAMANAHA, Brian Z. **On the rule of law: History, politics, theory**. Cambridge University Press, 2004.

TAMANAHA, Brian Z. A Concise Guide to the Rule of Law. In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil (Ed.). **Relocating the rule of law**. Bloomsbury Publishing, 2009.

TEIXEIRA, Matheus. **STF bate recorde de monocráticas em ações constitucionais em 2018**. Jota, 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-recorde-monocraticas-acoes-constitucionais-2018-15012019>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

TEIXEIRA, Matheus. **Gilmar Mendes estuda rever entendimento sobre execução antecipada da pena**. ConJur, 2017a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/gilmar-estuda-rever-entendimento-execucao-antecipada-pena>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

TEIXEIRA, Matheus. **Gilmar Mendes concede primeiro HC contra prisão após segunda instância**. ConJur, 2017b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-23/gilmar-concede-primeiro-hc-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, v. 4, p. 407-440, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-463, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. **BCL Rev.**, v. 54, p. 433, 2013.

WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. **Michigan Law Review**, v. 111, n. 1, p. 1-31, 2012.

WALDRON, Jeremy. The rule of law as a theater of debate. In: BURLEY, Justin (ed.). **Dworkin and his critics: with replies by Dworkin**. Blackwell Publishing, 2004.

WALDRON, Jeremy. **The Rule of Law**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

WALDRON, Jeremy. The rule of law and the importance of procedure. In: FLEMING, James E. **Getting to the Rule of Law**. New York University Press, p. 3-31, 2011.

WALDRON, Jeremy. The concept and the rule of law. **Georgia Law Review**. Volume 43, n.1, 2008.