

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

PAULO ALKMIN COSTA JÚNIOR

**O CONTINENTE E AS 11 ILHAS  
A MUDANÇA INSTITUCIONAL ENDÓGENA E O LUGAR DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ARENA POLÍTICA**

Belo Horizonte

2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

PAULO ALKMIN COSTA JÚNIOR

**O CONTINENTE E AS 11 ILHAS  
A MUDANÇA INSTITUCIONAL ENDÓGENA E O LUGAR DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ARENA POLÍTICA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Ciência Política.

Área de concentração: Instituições Políticas e Política Internacional

Orientador: Prof. Dr. Manoel Leonardo Wanderley Duarte Santos

Belo Horizonte

2018

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

Costa Junior , Paulo Alkmin

O CONTINENTE E AS 11 ILHAS A MUDANÇA INSTITUCIONAL ENDÓGENA E O LUGAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ARENA POLÍTICA [manuscrito] / Paulo Alkmin Costa Junior . - 2018.

222 f.

Orientador: Manoel Leonardo Wanderley Duarte Santos.

Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia Ciências Humanas.

1.Judicial politics . 2.comportamento estratégico . 3.mudança institucional endógena . 4.neoconstitucionalismo . I.Santos, Manoel Leonardo Wanderley Duarte . II.Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Filosofia Ciências Humanas. III.Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

**O CONTINENTE E AS 11 ILHAS: A mudança institucional endógena e o lugar do Supremo Tribunal Federal na arena política**

**PAULO ALKMIN COSTA JÚNIOR**

Tese submetida à Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em CIÊNCIA POLÍTICA, como requisito para obtenção do grau de Doutor em CIÊNCIA POLÍTICA, área de concentração INSTITUIÇÕES, COMPORTAMENTO POLÍTICO E POLÍTICAS PÚBLICAS, linha de pesquisa Governos, Legislativo e Partidos Políticos em Perspectiva Comparada.

Aprovada em 16 de agosto de 2018, pela banca constituída pelos membros:

Prof. Manoel Leonardo Wanderley Duarte Santos - Orientador (DCP/UFMG)

Prof. Leonardo Avritzer (DCP/UFMG)

Profa. Marjorie Correa Marona (DCP/UFMG)

Prof. Diego Werneck Arguelhes - V.CONFERÊNCIA FGV

Prof. Andrés Del Rio - V.CONFERÊNCIA UFF

## AGRADECIMENTOS

Quando eu fui entrevistado pela banca examinadora encarregada de escolher os doutorandos do ano de 2014, iniciei minha apresentação dizendo que aquele dia era muito importante para mim porque era o dia do reencontro com o meu desejo. Não se tratava de uma mera frase de efeito, mas sim a expressão da mais pura verdade. Todo o esforço, talento e paixão que dediquei a este doutorado encontram nesta tese a sua representação e o seu encerramento. O futuro dirá se esse é um ponto final ou apenas uma tomada de fôlego para novas incursões nas pesquisas em *judicial politics*. Mas o que importa é que foi inesquecível...

Gostaria de agradecer a todos os amigos e familiares que de algum modo contribuíram para que eu chegasse até aqui, penitenciando-me desde já por algum esquecimento injusto, mas destacando especialmente:

Ao amor da minha vida, Cibele Noronha de Carvalho, por compartilhar comigo os seus sonhos, por fazer seus os meus sonhos, pelo seu amor e por me dar os meus mais preciosos afetos, Maria Cecília e Samuel.

Aos meus filhos, Ciça e Muca, pelo amor constante que me alimenta a alma, pela inteligência e bom humor que iluminam os meus dias, pela generosa compreensão com minhas ausências, pela paciência com as minhas impaciências de doutorando nervoso em fim de tese.

À minha mãe, Zali Rodrigues Alkmin Costa, pelo amor desde sempre, por me inculcar desde pequeno o gosto por ler e aprender, pela dedicação incansável que me permitiu ir mais longe do que eu jamais sonhei.

Ao meu pai (*in memoriam*), Paulo Alkmin Costa, por tudo o que fez por mim e por me legar o gosto pela Política, combustível essencial que me animou ao longo desta tese.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Manoel Leonardo Wanderley Duarte Santos, por acreditar em mim quando precisei, e pelas generosas e importantes orientações. Espero não ter decepcionado e não tenho palavras para expressar a minha gratidão por tudo o que me proporcionou.

Ao meu orientador no *Institut d'études politiques de Paris - Sciences Po*, Prof. Dr. Guillaume Tusseau, também por acreditar em mim quando precisei e colaborar para que eu tivesse a oportunidade única de estudar nessa fantástica universidade. Pela disponibilidade generosa sempre que solicitado, pelas excelentes aulas em seu curso e pela importante leitura crítica do meu trabalho em sua fase inicial.

Ao Prof. Dr. Leonardo Avritzer, que me acompanhou desde o seminário de tese, a defesa do projeto, a qualificação e finalmente a defesa da tese, sempre contribuindo de modo importante para o meu aprimoramento acadêmico.

Aos demais membros da minha banca examinadora, Professores Doutores Andrés Del Río Roldan, Bruno Pinheiro Wanderley Reis (suplente interno), Diego Werneck Arguelhes, Guilherme Wagner Ribeiro (suplente externo) e Marjorie Corrêa Marona, que me honraram com a sua aceitação e certamente aportarão uma rica contribuição crítica ao meu trabalho.

A todos os demais Professores do Departamento de Ciência Política da UFMG cujas disciplinas cursei, agradeço pela excelente oportunidade de aprendizado, e os represento nas pessoas dos Professores Doutores Natália Guimarães Duarte Sátyro e Fernando de Barros Filgueiras. Estendo também o agradecimento a Professores de quem não fui aluno, mas que me distinguiram com generosos aconselhamentos sobre questões relacionadas à vida acadêmica.

Aos meus colegas do doutorado, especialmente a turma de 2014, pelo enorme bem que a sua convivência me proporcionou, especialmente numa quadra histórica tão tormentosa quanto esses difíceis anos de nosso doutoramento.

Agradeço destacadamente ao ex-colega de doutorado, Prof. Dr. Mateus de Araújo Morais, pelos conselhos fundamentais antes de minha entrada no programa, pela rica troca de ideias e pela amizade generosa com que sempre me brindou.

Aos funcionários administrativos da UFMG, notadamente Alessandro Magno da Silva, pela disponibilidade generosa sempre que precisei, apesar de suas inúmeras atribuições.

## RESUMO

Embora as pesquisas em *judicial politics* tenham desde logo reconhecido a existência de um influente Supremo Tribunal Federal, como consequência do generoso desenho institucional legado pelos constituintes originários de 1988, a passagem do tempo parece ter produzido uma Corte cujo papel na vida política brasileira não mais se assemelha ao que inicialmente foi descrito como o de “fiéis servidores do regime”. A perspectiva dessa tese é a de que o processo pelo qual caminhamos, ao longo dos anos, para algo que já se denominou como uma “Supremocracia”, não se explica apenas por fatores exógenos ao Supremo Tribunal Federal, tais como a alta fragmentação do quadro político-partidário e o uso estratégico que atores políticos fazem da mobilização dos instrumentos de acesso à Corte. A partir de estudos que focam o desenvolvimento institucional no tempo, buscamos então estudar a mudança institucional endógena, fenômeno de sutil percepção porque dependente do aproveitamento, pela agência de atores motivados, de espaços de interpretação em conjunturas favoráveis, com o objetivo de deslocar ao longo do tempo o lugar político da instituição a que pertencem. Partimos dessa moldura analítica para explicar como os Ministros do STF agem no intuito de aumentar a capacidade da Corte de intervir na arena política, e, por extensão, a sua própria capacidade individual. A partir do reconhecimento da existência de duas dimensões de compreensão do papel do STF, a macro institucional e a micro individual, procuramos articular um modelo teórico que demonstre como interagem o que denominamos como as Ilhas e o Continente. Neste modelo teórico jogam papel chave o uso estratégico de recursos institucionais postos à disposição dos Ministros (tais como o poder de pautar um julgamento, o pedido de vista e a antecipação de voto), as características de diferentes composições da Corte ao longo do tempo e, em um diálogo necessário com o Direito que a Ciência Política não pode mais postergar, o modo como o que denominamos uma “retórica neoconstitucionalista” influencia o desempenho do STF no exercício de seu principal recurso institucional para promover a mudança endógena: o *judicial review*. As unidades de análise utilizadas foram entrevistas realizadas com Ministros do STF (na ativa e aposentados), a apresentação de casos paradigmáticos com potencial explicativo do quanto articulado teoricamente e o uso do método QCA (*Qualitative Comparative Analysis*), este último para tentar avaliar quais são as condições necessárias e os conjuntos de condições causais suficientes para a ocorrência de mudança institucional endógena.

Palavras-chave: mudança institucional endógena. neoconstitucionalismo. recursos institucionais estratégicos. *judicial review*. modelo estratégico. neoinstitucionalismo da escolha racional. neoinstitucionalismo histórico. QCA.

## ABSTRACT

Although studies on the field of judicial politics have early recognized the existence of an influential Federal Supreme Court, as a consequence of the generous institutional design bequeathed by the constituents of 1988, over time it seems that the role of the Court in the Brazilian political life has become one that does not resemble what has been initially described as that of "faithful servants of the regime." The perspective of this thesis is that the process through which we have advanced, over the years, towards what has been called a "Supremocracy", cannot be only explained by exogenous factors to the Federal Supreme Court, such as the high fragmentation of the political and partisan framework, or the strategic use that political actors make of the mobilization of the instruments of access to the Court. Departing from studies that focus on the evolution of institutional development, we thus seek to study endogenous institutional change, a phenomenon of subtle perception, since it depends on the exploitation by motivated agency, of spaces of interpretation in favorable contexts, with the purpose of changing, over time, the political placement of the institution to which they belong. We depart from this analytical framework in order to explain how the STF Ministers act to increase the Court's capacity to intervene in the political arena, and by extension, their own individual power. Recognizing the existence of two dimensions of understanding about the role of the STF, the macro institutional and the micro individual dimensions, we try to articulate a theoretical model that demonstrates the interaction between what we call the Islands and the Continent. In this theoretical model, the key factors are the strategic use of institutional resources at the disposal of the Ministers (such as the power to set a trial, the hearing request, and the vote anticipation), the characteristics of different compositions of the Court over time and, developing a necessary dialogue with Law, which can no longer be postponed by Political Science, the way through which what we call a "neo-constitutionalist rhetoric" influences the performance of the Supreme Court in the exercise of its main institutional resource to promote endogenous change: the judicial review. The units of analysis have been interviews conducted with STF Ministers (active and retired), the presentation of paradigmatic cases with explanatory power of the theoretically articulated framework, and the use of the QCA method (Qualitative Comparative Analysis). The latter is used to try to assess which are the necessary conditions and the set of sufficient causal conditions for the occurrence of endogenous institutional change.

Keywords: endogenous institutional change. neo-constitutionalism. strategic institutional resources. judicial review. strategic model. rational choice institutionalism. historical institutionalism. QCA



## LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – Matriz Analítica	131
TABELA 2 – Análise de condições necessárias	132
TABELA 3 – Tabela da Verdade – solução complexa	135
TABELA 4 – Tabela da Verdade – solução intermediária	135

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>01</b>
<b>1 A LITERATURA SOBRE JUDICIAL POLITICS NO BRASIL</b>	<b>07</b>
1.1 A agenda de pesquisas focada nos padrões de mobilização do STF	07
1.2 A agenda de pesquisas focada no processo decisório do STF	11
1.3 A agenda de pesquisas focada nas interações entre o STF e os demais Poderes	12
1.4 A agenda de pesquisas focada no lugar institucional do STF	15
1.5 A agenda de pesquisa esquecida	17
<b>2 O NEOINSTITUCIONALISMO E O ESTUDO DA MUDANÇA INSTITUCIONAL ENDÓGENA NA JUDICIAL POLITICS BRASILEIRA</b>	<b>22</b>
2.1 A importância de fatores exógenos para o desempenho institucional do STF e sua apropriação endógena pela Corte	22
2.2 Das razões de uma abordagem neoinstitucionalista	27
2.2.1 O neoinstitucionalismo e suas vertentes	27
2.2.2 A segunda geração neoinstitucionalista e a mudança institucional endógena	31
2.3 O <i>judicial review</i> como instrumento clássico das cortes constitucionais para a mudança institucional endógena	33
2.4 A mudança institucional endógena e a ação de Ilhas e Continente para redefinir seu lugar institucional	37
2.4.1 A importância do contexto para a mudança institucional endógena	38
2.5 O necessário diálogo entre a Ciência Política e o Direito como instrumento analítico para o estudo da mudança institucional endógena	45
2.5.1 O <i>judicial review</i> neoconstitucionalista como recurso estratégico para a mudança institucional endógena	46
2.5.2 O neoconstitucionalismo no Supremo Tribunal Federal	48
2.5.3 O <i>judicial review</i> como expressão de uma patologia institucional	49
2.5.4 O uso de outros temas do constitucionalismo como meio para encobrir preferências decisórias e escolhas estratégicas das Ilhas	52
<b>3 O DEBATE SOBRE COMPORTAMENTO JUDICIAL</b>	<b>59</b>
3.1 O modelo atitudinal	60
3.2 O modelo estratégico e o neoinstitucionalismo da escolha racional	61
3.3 O neoinstitucionalismo histórico	65
<b>4 A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO EXPLICATIVO PARA A MUDANÇA INSTITUCIONAL ENDÓGENA PROMOVIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	<b>67</b>
4.1 A influência da composição no processo decisório da Corte	69
4.2 Os meios legais de acesso ao Supremo Tribunal Federal	72
4.3 A formação e a administração da agenda pelos Ministros do STF	74
4.4 A utilização estratégica dos recursos institucionais previstos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal	83
4.4.1 O uso estratégico de recursos institucionais pela Presidência do Supremo Tribunal Federal	83
4.4.2 O uso estratégico de recursos institucionais pelos Ministros Relatores	88
4.4.3 O uso estratégico de recursos institucionais pelos demais Ministros do Supremo Tribunal Federal	95
	10

4.4.4 A TV Justiça, a mídia e a opinião pública como recursos institucionais estratégicos informais utilizados pelas Ilhas e sobre as Ilhas	101
4.4.5 A inserção de teses em julgamentos com o fim de influenciar a jurisprudência futura da Corte e promover a mudança institucional endógena	108
<b>5 O USO DO MÉTODO QCA (<i>Qualitative Comparative Analysis</i>) NO ESTUDO DA MUDANÇA INSTITUCIONAL ENDÓGENA</b>	<b>111</b>
5.1 Metodologia	111
5.1.1 A importância da distinção entre condições necessárias e condições suficientes	112
5.1.2 A montagem da matriz analítica	114
5.1.3 A montagem da tabela da verdade	115
5.1.4 O problema dos contrafactuais e a minimização lógica	116
5.2 O processo de codificação das condições causais mobilizadas	118
5.3 A construção de nossa matriz analítica	130
5.4 A análise das condições necessárias	132
5.5 A análise das condições suficientes	134
5.5.1 A análise das condições suficientes na Corte Moreira Alves	137
5.5.2 A análise das condições suficientes na Corte Gilmar Mendes	139
<b>6 O QUE O FUTURO NOS RESERVA?</b>	<b>145</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>156</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>160</b>
<b>ANEXO I</b>	<b>169</b>
<b>ANEXO II</b>	<b>213</b>



## INTRODUÇÃO

Ano: 1971. Cenário: o Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF. O tema daquele dia era a possibilidade de o STF apreciar a constitucionalidade da nova lei de imprensa (que instituía a censura prévia), mesmo que o Procurador-Geral da República não a impugnasse. A polêmica de fundo estava no fato de que, a depender da interpretação adotada, o STF estaria reconhecendo ao Procurador-Geral da República (à época nomeado diretamente pelo Presidente da República e demissível *ad nutum*) o juízo exclusivo da conveniência de arguir ou não a inconstitucionalidade de uma lei e, por essa via, restringir enormemente o poder político da Corte de atuar como intérprete final da Constituição. Após debates acalorados, o então Ministro Adauto Cardoso retira a sua toga de magistrado e a joga teatralmente sobre a cadeira, abandonando a sessão e dirigindo-se ao seu gabinete. De lá saiu com seu pedido de aposentadoria, apesar dos esforços feitos para convencê-lo a recuar da ideia. Um Ministro isolado de seus pares, impotente diante de sua percepção de que a Corte, por decisão do próprio Plenário, definitivamente deixava de aspirar ser um ator político relevante.

A ditadura militar se exauriu pouco mais de uma década depois. Veio a transição democrática e uma nova Constituição foi promulgada em 1988, conferindo ao Supremo Tribunal Federal um importante lugar no desenho institucional brasileiro. O papel do STF na arena política vai sendo construído com o passar do tempo, inicialmente mais contido e aos poucos inegavelmente menos preocupado em assumir uma posição de maior protagonismo.

O ano agora é 2016. Submetida a um processo de impeachment, enfrentando sérios problemas na sua coordenação política e na gestão da economia, e ainda com seu governo fortemente atingido pelas repercussões do conjunto de investigações criminais que se convencionou denominar "Operação Lava Jato", a então Presidenta da República Dilma Rousseff nomeia o ex-Presidente Luis Inácio Lula da Silva como seu Ministro da Casa Civil, numa tentativa algo desesperada de romper o isolamento político e salvar seu governo do fim cada vez mais provável. O Juiz Federal Sérgio Moro, embora reconhecendo-se incompetente para decidir sobre fatos que envolvam um Ministro de Estado e a Presidência da República (competência conferida ao STF pela Constituição de 1988), espantosamente pratica o ato decisório de liberar os áudios de conversas entre Lula e Dilma, assim como de Lula e outros interlocutores políticos (e até mesmo conversas privadas de seus familiares, o que é expressamente vedado pelo art. 9º da Lei 9.296/96). A politização inevitável do

conteúdo dos áudios desagua numa batalha judicial para impedir a posse de Lula como Ministro. Em 18 de março, o Ministro Gilmar Mendes concede uma medida liminar em mandados de seguranças impetrados por partidos de oposição e impede a posse de Lula (MS 34070 e 34071). Embora repercutisse intensamente no cenário político porque fragilizou a condição do ex-Presidente como articulador crível do governo naquele momento decisivo, a medida liminar somente foi pautada para apreciação do Plenário do STF no dia 20 de abril de 2016, 3 dias após a votação do pedido de abertura do processo de impeachment da Presidenta Dilma pela Câmara dos Deputados, com seu destino político selado pelo afastamento provisório da Presidência da República. O processo ainda assim acabou retirado de pauta na referida sessão<sup>1</sup>, sob o argumento de que deveria ser julgado em conjunto com outros dois processos relatados pelo Ministro Teori Zavascki (as ADPF 390 e 391), que já haviam sido extintos sob argumentos de ordem procedimental, mas cujo prazo recursal contra essa extinção ainda estava pendente. Com a publicação da exoneração do ex-Presidente Lula do Ministério pelo novo Governo Michel Temer, o Ministro Gilmar Mendes julgou então a discussão superada (mesmo que não votado em definitivo o impeachment àquele tempo) e extinguiu os mandados de segurança. Nesse cenário, o conjunto de 11 Ministros jamais apreciou o mérito de uma decisão que teve um peso enorme em nossa história política. Mesmo que o tivesse feito posteriormente, a decisão teria sobretudo efeito simbólico, como uma espécie de parecer sobre o acerto ou desacerto da medida liminar proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, dado que as consequências desta eram irreparáveis em função do novo contexto político originado da votação na Câmara dos Deputados. Assim, um único Ministro conseguiu fazer valer suas preferências decisórias diante de toda uma Corte, manobrando habilmente os recursos institucionais de que dispunha diante de um colegiado que pouco pôde (ou quis) fazer antes da votação que mudou a história do país.

45 anos depois do aparente gesto espetacular do Ministro Adauto Cardoso, que até hoje frequenta o imaginário de Ministros entrevistados para esta tese como um momento dotado de enorme força simbólica, o STF chega a esse momento histórico numa encruzilhada que o segundo fato acima descrito traduz de maneira paradigmática: a Corte nunca teve tanta centralidade política como instituição, mas se acumulam críticas cada vez mais

---

<sup>1</sup> Apenas o Ministro Marco Aurélio discordou desse pedido de adiamento, convém registrar. Convém também anotar que, a despeito do evidente prejuízo que o adiamento representou para a Presidenta Dilma, o óbice apresentado pelo Ministro Teori de fato era tecnicamente sustentável, embora também tecnicamente superável.

rigorosas contra o protagonismo individual de seus Ministros; protagonismo esse frequentemente exercido em detrimento da ideia de colegialidade que deveria orientar a atuação de toda corte constitucional.

Esse é o pano de fundo que justifica a feitura dessa tese. Não se trata, porém, de um trabalho eminentemente normativo, que pretenda estudar e criticar o STF a partir de uma perspectiva previamente dada de como ele "deveria ser", para ficarmos em uma apropriada metáfora kelseniana. O que nos move, na verdade, é a pretensão de pesquisar a dinâmica de funcionamento do STF e, se possível, contribuir com alguns elementos empíricos que ao menos ajudem a explicar como a atuação individual dos Ministros se articula com o desempenho institucional da Corte, lhes permitindo, por vezes, interferir diretamente na arena política independentemente do colegiado que representa, em princípio, a instituição; como consequência desse primeiro passo, pretendemos então explicar como, a partir da agência daqueles atores, foi promovido o que entendemos ser um processo de mudança institucional endógena que, acoplado a inegáveis fatores de ordem exógena, permitiu ao Supremo Tribunal Federal aumentar enormemente sua importância na cena política brasileira, a um ponto que nem mesmo o generoso desenho institucional de 1988 permitia inicialmente prever.

Essa perspectiva de pesquisa demanda duas abordagens da Corte necessariamente complementares, porque a correta compreensão do papel político jogado pelo STF é impossível sem que ambas as dimensões de sua ação (a macro institucional e a micro individual) sejam integradas em um único modelo. Por isso a menção, no título da tese, às Ilhas, expressão que recentemente se popularizou na imprensa especializada para designar os Ministros e seu modo de atuar, mas que advém de uma velha metáfora por vezes usada pelos próprios membros da Corte: o STF seria composto por Onze Ilhas que, sob ataque, se transformam num Continente.

Nossa hipótese é a de que Continente e Ilha atuam de maneira tacitamente concertada, num arranjo único que, ao longo do tempo, reforçou o papel institucional da Corte na arena política, mas paradoxalmente a enfraqueceu na sua dimensão colegiada ao destacar o poder pessoal de cada membro. O resultado, todavia, não deixa de ser o que se denominaria como um "jogo de ganha-ganha", e talvez por isso essa dinâmica pareça estar se aprofundando ainda mais nos últimos meses, numa quadra histórica cada vez mais típica daquelas situações que a Ciência Política convencionou denominar como conjuntura crítica.

Isso posto, nosso desenho de pesquisa busca exatamente decompor as peças desse *puzzle*.

No primeiro capítulo, uma revisão da literatura será feita com a intenção de localizar essa tese na agenda de pesquisas no campo da *judicial politics*, e para conectar as contribuições que pretendemos aportar com este trabalho aos achados e perspectivas já assentadas em pesquisas reconhecidas pela sua importância. Não será uma revisão de literatura que se pretenda exaustiva do quanto pesquisado no campo, mas sim que busque cobrir aquilo que se conecta mais diretamente com esta tese. Buscaremos ainda destacar a importância de uma agenda de pesquisa que promova um necessário diálogo entre a Ciência Política e o Direito, pois partimos da premissa de que uma questão que deveria fazer parte da agenda da Ciência Política brasileira afeta às instituições judiciais é justamente a compreensão de como se justifica, em termos teóricos, e como se dá na realidade o exercício do *judicial review* no Brasil, notadamente pelo STF. Isso, porque a capacidade da Corte em interferir na arena política, inclusive alterando o desenho institucional brasileiro, tem relação direta com o modo como ela pratica a adjudicação constitucional, o que deveria afetar as análises sobre a instituição no campo da Ciência Política.

O segundo capítulo será destinado a estabelecer o marco teórico neoinstitucionalista que estrutura nossa tese, e é um capítulo fundamental para a compreensão do seu restante porque ele nos permitirá prover o ferramental teórico necessário para definir o que entendemos por mudança institucional endógena, em que circunstâncias é possível que ela ocorra e como o exercício do *judicial review* de matiz neoconstitucionalista se conecta com esse processo em um horizonte temporal alongado e não linear. Nesse horizonte, a estruturação coerente da ideia de uma Corte onde Ilhas e Continente funcionem em dimensões próprias e eventualmente conflitantes, porém numa dinâmica concertada que beneficia a ambas, é a outra missão que esperamos cumprir.

No terceiro capítulo, pretendemos apresentar, sem qualquer pretensão exaustiva, os modelos teóricos desenvolvidos na ciência política norte-americana para o estudo do processo decisório da Suprema Corte daquele país. Trata-se de um capítulo breve e que tem por escopo apenas situar uma agenda de pesquisa que é global ao contexto da *judicial politics* brasileira. Deixaremos claras então as razões de nossa preferência pelo modelo estratégico (para nós, uma outra designação para o neoinstitucionalismo da escolha racional) como ponto de partida para a missão a que nos proporemos no capítulo seguinte.

No quarto capítulo, procuraremos então desenvolver um modelo descritivo dos recursos institucionais formais e informais postos à disposição dos Ministros do STF. A partir dessa descrição, analisaremos as possíveis interações estratégicas entre as Ilhas (e entre estas e o Continente), atentando ainda para aspectos que antecedem a estas interações mas sobre elas influem, notadamente a composição da Corte e a formação de sua agenda



de trabalho futura (na qual, segundo entendemos, ela não é o ator exclusivamente passivo como por vezes se tem retratado). Entrevistas feitas com Ministros do STF (na ativa e aposentados), assim como o recurso exemplificativo a alguns casos paradigmáticos (sem que caracterizem estudo de caso), nos ajudarão a conferir maior rigor analítico ao estudo. Não se trata, porém, de oferecer um modelo fechado que se pretenda preditivo da ação estratégica ou do padrão decisório de Ministros no exercício do *judicial review*, mas sim uma tentativa de articular, em benefício de pesquisas futuras, um entendimento sobre: a) quais são os recursos institucionais postos à disposição da agência dos Ministros e como eles podem ser potencialmente utilizados; b) o grau de liberdade de ação de que dispõem as Ilhas em relação ao Continente; c) como funciona esta dinâmica entre Ilhas e Continente, e qual o seu impacto para o desempenho institucional do STF e para a definição do seu lugar na arena política.

No quinto capítulo, a partir do uso do método de pesquisa QCA (*Qualitative Comparative Analysis*), buscaremos construir e especificar um modelo empírico/analítico que, à luz da construção teórica até então empreendida, nos permita identificar as condições *necessárias* para a ocorrência da mudança institucional endógena, assim como sob quais combinações possíveis de condições causais trabalhadas poderiam estar presentes as condições *suficientes* para a referida mudança.

A ideia do sexto capítulo é relativamente simples, sendo que ele foi pensado como necessário apenas ao final do processo de elaboração da tese. Buscamos elaborar um texto exploratório, tratando de temas que guardem relação com o que viemos de trabalhar em nossa tese, e que inclusive podem vir a se tornar agendas de pesquisa futura. Nos interessa em especial especular sobre o futuro da dinâmica entre Ilhas e Continente na conjuntura crítica em que pensamos estarmos inseridos. Nessa linha, uma perspectiva promissora seria refletir sobre o quanto os embates atuais entre as Ilhas, cada vez mais acirrados, prejudicam a sua dinâmica tacitamente concertada com o Continente e podem colaborar para uma reconfiguração futura do espaço de atuação daquelas. Seria possível pensar na possibilidade de que o STF venha a ser objeto de reformas constitucionais que alterem o seu desenho institucional, as quais permitam que os demais Poderes recuperem parte do espaço que perderam nesse longo processo de mudança institucional que colocou a Corte atualmente em posição de grande destaque no processo político? Ou o peso político do STF e os recursos institucionais de que ele passou a dispor ao longo do tempo teriam criado um ponto de não retorno, a partir do qual somente um sério conflito institucional romperia a barreira porventura imposta pelo Continente ao projeto de realocação de seu lugar político? A possibilidade de que um Ministro do STF venha a sofrer um processo

de impeachment nos próximos anos, uma vez mantidas as tensões entre a Corte e o meio político, é algo que pode ser considerado factível? Na mesma linha das indagações anteriores, buscamos então problematizar questões como a instituição de mandatos para os Ministros da Corte e uma maior preocupação com o seu processo de composição.

Por fim, a tese será encerrada com uma breve conclusão, na qual buscaremos relocalizar nossa questão de pesquisa e demonstrar como ela foi respondida ao longo do trabalho.

## **1 A literatura sobre *judicial politics* no Brasil**

A pesquisa sobre a dinâmica entre Ilhas e Continente, bem como sobre a ocorrência, e os seus caminhos, da mudança institucional endógena em relação ao Supremo Tribunal Federal torna aconselhável uma breve reconstrução da literatura sobre *judicial politics* no Brasil, notadamente naquilo em que ela dialoga com essa tese. Não se pretende, portanto, fazer uma revisão de literatura exaustiva, mas apenas representar as principais linhas de pesquisa no campo, com menção a alguns trabalhos paradigmáticos, de modo a melhor situar a própria tese na agenda brasileira de pesquisas sobre *judicial politics*.

Um breve exame da literatura comparada na área é suficiente para observarmos que essa agenda ainda carece de maior desenvolvimento, o que é absolutamente natural, ainda mais considerando-se que o reconhecimento de maior centralidade política ao STF é fenômeno historicamente recente. No entanto, é certo que desde o trabalho pioneiro de CASTRO (1997), quando o tema da judicialização da política começou a ganhar a atenção da academia, um importante conjunto de dados passou a ser acumulado, refletido e criticado pela Ciência Política brasileira e por autores estrangeiros cujo foco de pesquisa estivesse, por algum motivo, centrado em nosso país.

Os pesquisadores sobre o Poder Judiciário no Brasil, no que pertine ao STF, têm, de um modo geral, utilizado quatro perspectivas principais em suas investigações. Todas são relevantes e de algum modo contribuem para o melhor entendimento sobre o seu objeto de estudo, em que pese possam variar quanto ao escopo, pressupostos teóricos, unidades de análise utilizadas e metodologia de pesquisa, dentre outros aspectos.

### **1.1 A agenda de pesquisas focada nos padrões de mobilização do STF**

A primeira dessas linhas de pesquisa é relacionada com os padrões de mobilização da Corte, ou seja, ela busca saber quais são os atores que acionam o STF, em que circunstâncias o fazem, com quais objetivos, se há variação desses atores no tempo e conforme o contexto político. O trabalho pioneiro de WERNECK VIANNA *et al* (1999) propôs uma visão do Judiciário como um espaço para onde a sociedade passou a se dirigir em busca da realização das promessas não cumpridas da democracia representativa (numa citação que dialogava com o livro de Antoine Garapon - O juiz e a democracia), entendendo então como positivo, em geral, o fenômeno da judicialização da política. A interposição de

ações diretas de inconstitucionalidade - ADI<sup>2</sup> - é a unidade de análise utilizada para estudar os atores envolvidos, seus possíveis objetivos e as interações decorrentes dessa ação. WERNECK VIANNA, BURGOS e SALLES (2007), revisitando aquele trabalho, apontam sete anos mais tarde para algumas modificações no padrão de atuação de alguns atores (como a do agora governista PT e a Procuradoria-Geral da República), mas em linhas gerais reafirmam a atuação do STF como uma Corte que tem um papel importante na estruturação do federalismo brasileiro (via controle de constitucionalidade de legislações estaduais) e de espaço de contestação de minorias políticas. Todavia, ao não levar em conta algumas características do sistema jurídico brasileiro ou questões políticas contextuais, os autores<sup>3</sup> enviesam algumas conclusões da pesquisa e, em outros casos, limitam o seu potencial explicativo.

CARVALHO (2009) caminha em linha com Werneck Vianna na análise dos padrões de mobilização do STF, com algumas alterações metodológicas. O autor, em seus achados, destaca o uso da Corte por partidos e outros atores políticos da sociedade civil organizada como um meio de contestação daqueles derrotados no processo legislativo. Também dá relevo à maior taxa de sucesso da Procuradoria-Geral da República, notadamente em temas concernentes à administração do Judiciário, o que demonstraria uma preocupação do STF em exercer um controle maior sobre a produção legislativa nesse tema. O autor destaca a baixa taxa de julgamento de mérito positivo nas ações diretas de inconstitucionalidade para concluir por um perfil discreto de atuação da Corte, mas talvez não tenha dado a relevância devida a outro interessante achado de seu trabalho, concernente ao número de liminares. O número de declarações de inconstitucionalidade aumentaria sobremaneira

---

<sup>2</sup>A ADI é uma via processual pela qual a constitucionalidade de uma lei ou ato administrativo normativo é examinada abstratamente pela Corte, sem necessidade de um caso concreto de lesão a um jurisdicionado, podendo resultar na sua invalidação total ou parcial.

<sup>3</sup> Os autores concluem, por exemplo, que os “Procuradores” têm uma atuação mais ativa no período Lula do que no governo Fernando Henrique Cardoso, o que seria indicativo de maior incidência de inconstitucionalidades, mas parecem desconhecer que apenas o Procurador-Geral da República é legitimado para propor ADIs, sendo que o perfil político deste ator nos governos analisados foi substancialmente diverso: no período FHC o nomeado (sucessivamente reconduzido durante os dois mandatos presidenciais) tinha relação de parentesco com seu Vice-Presidente e, por conta de sua atuação polêmica, ficou conhecido pelo apelido de “Engavetador-Geral da República”, sendo natural, portanto, um perfil mais baixo de questionamento de leis e atos normativos do interesse do Executivo federal; no período Lula, o nomeado era aquele votado pelos membros da carreira como o mais indicado para a função, de modo que esse PGR teria presumivelmente uma atuação mais independente. Também não parece cabível se entender que a esquerda tende a utilizar mais da ADI como instrumento de contestação política somente com apoio no dado de que o PT, na oposição, recorreu mais ao expediente. Há que se levar em conta o contexto político, de modo a se reconhecer o fato de que parcela da agenda reformista do PT depois de atingir o poder coincidiu ao menos parcialmente com aquela dos novos partidos na oposição (em especial o ex-governista PSDB), de modo que esses últimos compreensivelmente tenderam a utilizar as ADI com mais parcimônia.

se as medidas liminares fossem consideradas para esse fim, embora se compreenda a exclusão, do ponto de vista metodológico, porque elas não representariam julgamento definitivo e poderiam (em tese) serem alteradas (apesar de, na prática, isso dificilmente ocorrer). É importante notar também que a utilização do percentual de ações acolhidas pela Corte como medida para definição de um perfil ativista ou contido é opção metodológica passível de crítica, pois o desenho institucional brasileiro facilita muito o manejo de ADIs e, portanto, dificulta uma comparação simples com o percentual de acolhimento de ações com outras cortes constitucionais no mundo (as quais, por vezes, têm um desenho institucional mais restritivo e maior tendência ao reconhecimento da inconstitucionalidade, dado que a própria admissão do caso já é uma sinalização dessa maior probabilidade).

CARVALHO *et al* (2016) deram também uma interessante colaboração ao demonstrar que, além dos dados tradicionais que apontam para a importância de Governadores de Estado e Procurador-Geral da República como atores com força na Corte, alguns grupos de interesse, notadamente funcionários públicos, associações comerciais e industriais, têm uma taxa de sucesso mais destacada no STF em relação a outros grupos de representam interesses mais difusos e menos relacionados com a estrutura corporativista de representação institucional.

TAYLOR (2008) contribuiu de modo relevante para o debate demonstrando que o STF, dado seu desenho institucional (que diminui os custos para alguns atores acionarem a Corte via ação direta de inconstitucionalidade) e a amplitude de sua competência, tem a natureza de um *veto point*, o que torna relevante saber quem tem a habilidade de mobilizar a Corte, em quais circunstâncias e em quais assuntos. O autor conclui que este acionamento atendia, via de regra, a quatro possíveis objetivos por parte de atores políticos: a) declarar oposição a uma determinada política pública; b) retardar a implementação de uma política pública; c) desacreditar uma política pública ou ainda; d) impedir a implementação de uma política pública. Embora nesse ponto do livro o autor tenha focado sua atenção na atuação do Partido dos Trabalhadores (PT) durante seu período na oposição, não há razão para deixar de aplicar esse modelo a outros partidos políticos em momentos posteriores (como o Democratas, que questionou junto ao STF a constitucionalidade da política de cotas raciais na universidade pública), ou mesmo outros atores como, por exemplo, entidades de classe legitimadas constitucionalmente para propor ADI (como a Associação dos Juízes Federais - AJUFE, na defesa corporativa dos interesses de seus associados contrários a uma reforma da previdência social). TAYLOR (2007) também chamou a atenção para o fato de que as análises na Ciência Política brasileira sobre a interação entre Executivo e

Legislativo<sup>4</sup> frequentemente não levam em conta o papel desempenhado pelo Judiciário. O autor apresenta então uma hipótese instigante: temos um sistema político majoritário no momento da aprovação de políticas públicas, mas consensual na sua implementação, e para este fenômeno o STF desempenha um papel chave, pois dele dependerá o alcance final de diversas *policies* que detém assento constitucional.

TAYLOR e DA ROS (2008) analisaram ainda padrões na interposição de ADIs desde a promulgação da Constituição de 1988 até o governo Lula, na pretensão de captar a alteração de dinâmica representada pelo PT na oposição e na situação. Concluíram que, embora ainda fosse possível captar a existência da judicialização como tática de demarcar oposição ao governo e como forma de arbitragem de interesses em conflito no jogo político (especialmente as regras eleitorais), uma terceira forma importante de judicialização começava a se insinuar: a “judicialização como instrumento de governo”. A ideia, inspirada em influente artigo de WHITTINGTON (2005), era a de que uma corte constitucional pode ser usada pelo governo de turno para três finalidades, em especial: a) derrubar/reinterpretar legislações anteriores que porventura contrariassem explicitamente os seus objetivos centrais; b) para legitimar suas próprias políticas públicas; c) ou ainda para permitir sua implementação por meio da superação de constrangimentos criados por outros atores políticos, notadamente o Legislativo (o principal objetivo aqui seria evitar o risco de dissensões posteriores na sua base parlamentar em retaliação à nova política pública implementada, dado que a responsabilidade política sobre a mesma recairia sobre a corte constitucional).

COUTO e ARANTES (2006, p. 46), partindo da distinção entre a dimensão estrutural da política (*polity*), a própria competição política (*politics*) e as políticas públicas implementadas como consequência deste jogo político (*policy*) concluem que o contínuo processo de emendamento sofrido pela Constituição de 1988 relaciona-se justamente com o fato de que o texto constitucional acolhe expressivo número de normas que, em termos objetivos, limitam as opções de políticas públicas à disposição das governantes eleitos. Como muitas vezes este engessamento impede ou dificulta a implementação da *policy* almejada, torna-se necessária a formação de maiorias legislativas expressivas o suficiente para alcançar o quórum qualificado para a aprovação de emendas constitucionais (dois terços de cada casa

---

<sup>4</sup> O autor se referia ao aceso debate sobre o quanto o presidencialismo de coalizão (ABRANCHES, 1988), arranjo institucional informal que tem marcado o modo de governar o Brasil após a fim da ditadura militar, tem de consensual ou majoritário, nos termos da conceituação propugnada por LIJPHART (2003) sobre modelos de democracia: uma corrente reconhecia o desenho institucional brasileiro como excessivamente consensual em decorrência do grande número de *veto players* e da fragmentação do sistema partidário (v.g. KINZO, 2001); outra apontava para o alto grau de coesão partidária das votações no Congresso, e para a sua dinâmica interna hierarquizada e seu processo decisório centralizado, de modo a destacar a tendência de obtenção de seguidas vitórias do Executivo na arena parlamentar, destacando, pois, o caráter majoritário do sistema (v.g. LIMONGI e FIGUEIREDO, 1998).

legislativa, em dois turnos). Outra consequência é que o STF passa a ser mais acionado pelas minorias políticas porventura descontentes com a emenda constitucional aprovada, reforçando o seu papel de *veto point* na implementação de políticas públicas.

## 1.2 A agenda de pesquisas focada no processo decisório do STF

Uma segunda agenda de pesquisas trabalha com o processo decisório do STF e suas resultantes, isto é, como costumam decidir os Ministros e quais os tipos de decisão devemos esperar da Corte segundo o perfil traçado desses últimos. Nessa linha, talvez o trabalho que mereça a menção mais destacada seja o de OLIVEIRA (2011, p. 234), que enfatiza a importância das experiências profissionais pregressas dos Ministros e de sua concepção de profissionalismo como o amálgama que dá o tom das decisões proferidas pela Corte, ainda que fatores como contexto político e institucional, atributos pessoais dos magistrados, atuação de grupos de interesse e saliência do tema na opinião pública possam também afetar de algum modo a dinâmica decisória. OLIVEIRA (2012, p. 152) também destaca a existência de uma tendência de que Ministros nomeados por um mesmo Presidente da República votem de modo mais coeso do que a taxa de coesão geral encontrada nos votos do STF, o que apontaria para a existência de "... coalizões temporárias e 'panelinhas' no Tribunal". A autora, todavia, não avança muito sobre as razões desse achado, reconhecendo que sua pesquisa não avançou ao nível de análise do conteúdo das decisões, limitando-se a uma apuração de caráter binário quanto ao resultado final (favorável ou desfavorável) em ações diretas de inconstitucionalidade. ARAÚJO (2017, p. 94) caminha em linha com a Oliveira, reconhecendo a existência de um padrão decisório semelhante "dos grupos de Ministros indicados pelo mesmo presidente".

O que torna interessante resgatar nesses estudos, de todo modo, é que eles fornecem dados sobre a existência de uma interação estratégica interna entre os Ministros. Esses dados nos ajudam a sustentar a existência de uma dinâmica entre Ilhas, e entre estas e Continente, que entendemos concorrer para a mudança institucional endógena.

No ponto, merece também especial menção o projeto "História Oral do Supremo", uma série de entrevistas com Ministros do Supremo Tribunal Federal que está sendo promovida pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Englobando magistrados na ativa e aposentados, ela busca recuperar a sua trajetória pessoal até a chegada à Corte e sua posterior experiência como Ministros. Dentre os vários pontos que chamam a atenção nessas ricas entrevistas, os relatos sobre o modo como os novos membros são recebidos pelos mais antigos em alguma medida parecem corroborar os achados de Oliveira e de Araújo.

### 1.3 A agenda de pesquisas focada nas interações entre o STF e os demais Poderes

Uma terceira agenda de pesquisa sobre o STF, e talvez aquela que mais dialogue com essa tese, é a que busca entender como se dão as interações entre a Corte e os demais Poderes. Nessa vertente podemos enquadrar pesquisas que enfocam o processo de seleção dos Ministros pelo meio político<sup>5</sup>, e também aquelas que, apoiadas nas decisões da Corte, buscam descrever qual o papel desempenhado pela instituição na democracia brasileira.

Essa agenda tem coincidido em seus resultados, na medida em que reconhece a existência de um Supremo Tribunal Federal composto majoritariamente por membros com expressivo currículo profissional (normalmente com experiência prévia em outros Tribunais, em cargos no Executivo, ou ainda com reputação acadêmica) e muito raramente ligados a partidos políticos, relativamente deferente ao Executivo em matéria de implementação de sua agenda econômica; a Corte, contudo, seria ciosa de seu lugar político, e por isso mesmo autônoma o suficiente para eventualmente desafiar o Executivo e o Legislativo, impondo-lhes derrotas incômodas.

BRINKS (2011) endossa essa visão ao retratar o STF como uma instituição que age como um *“faithful servant of the regime”*, no sentido de que ele procuraria aplicar a lei segundo *standards* jurídicos mais consensuais e atentando para as consequências sistêmicas potenciais de suas decisões. De outro lado, reconhece que a Corte goza de relativa autonomia, levantando como hipótese central explicativa a existência de um contexto político em que há uma fragmentação da arena política, se considerado o número e tamanho dos partidos políticos e o grau de controle do Executivo sobre o Legislativo. Neste contexto, a possibilidade de punições ao Judiciário seria menor e aumenta a motivação de atores políticos para empoderar a corte constitucional de maneira a impor constrangimentos a futuros vencedores eleitorais que não estejam no mesmo campo político. Essas premissas de BRINKS, é bom ressaltar, estão alinhadas com expressiva literatura comparada em *judicial politics*, que foi estudada em nossa trajetória de pesquisa (GRIFFIN, 1998; FERREJOHN, 2002; GINSBURG 2003; HIRSCHL, 2004; FERREJOHN, ROSENBLUTH, SHIPAN, 2007; FINKEL 2008). Essa autonomia do STF, segundo Brinks, se expressaria sobretudo na ca-

---

<sup>5</sup> Convém lembrar que o processo de escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal é regulamentado pelo artigo 101, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que a indicação é da competência do Presidente da República, e que o nome apontado deve passar depois por uma sabatina e uma votação de confirmação por maioria absoluta, feita pelo Senado.



pacidade de vetar medidas com as quais não concorda, especialmente em temas de servidores públicos, mas BRINKS (2011, p. 141) anota que a Corte seria mais relutante para proferir decisões contramajoritárias que demandassem ações positivas do Executivo para implementação. Tenderia, ainda, a agir com mais desenvoltura contra legislaturas estaduais do que a federal. A Corte, dado o seu desenho institucional, disporia também de aliados como a Ordem dos Advogados do Brasil e outros grupos de interesse na sociedade civil e de partidos ocasionalmente na oposição, pois a facilidade de acesso à mesma permitido pela Constituição de 1988 confere a esses atores um canal importante para a defesa de seus interesses. BRINKS (2011, p. 136) ainda discorre sobre a falta de controle da agenda do STF, no sentido de definir quais processos é obrigado a examinar (ele não dispõe de um mecanismo de filtro como o *writ of certiorari* manejado pela Suprema Corte norte-americana), o que considera um fator de enfraquecimento da Corte.

Convém salientar que, no ponto, a presente tese propõe uma perspectiva diferente, conectada com nossa percepção de uma Corte que funciona em duas dimensões paralelas (Continente e Ilha), e que usa o enorme acúmulo de processos de que é investida como recurso estratégico para controlar sua agenda por meio da priorização (ou postergação) de alguns processos em relação a outros, e também do exercício monocrático do poder decisório, em prejuízo da colegialidade do Plenário. Ademais, pensamos ser possível aportar elementos que demonstrem que as Ilhas também contribuem para a construção de sua agenda, influenciando atores externos a trazer determinados temas à apreciação da Corte.

KAPISZEWSKI (2012, p. 119), estudando as cortes constitucionais de Brasil e Argentina, enfatiza a importância da composição da Corte e o modo como ela se relaciona com os demais Poderes como decisivo para a sua estabilidade de longo prazo. A autora conclui que uma importante instituição informal, que ela denomina como sendo o "caráter de uma corte constitucional" (entendido como tal o quanto sua composição pode ser tida como mais profissionalizada ou mais politizada) é fundamental para entender o seu comportamento e suas interações, uma vez que esse "caráter" funciona como um elemento de mediação na atuação da Corte quando outros fatores no contexto político entram em cena, tais como instabilidade institucional, reformas constitucionais e crises econômicas; ele é decisivo também para induzir o respeito às decisões da Corte quando elas desafiam os demais Poderes, e por essa razão o STF teria seguido uma trajetória dependente que tornou difícil no longo prazo reformas que o sancionassem, como decorrência de interações conflituosas com os demais Poderes. KAPISZEWSKI (2010) também defende que a "cultura interna" da Corte ajuda a moldar o caminho pelo qual ela se engaja na política e con-

diciona os efeitos que instituições externas produzem no processo de judicialização da política. Ela trabalha, portanto, uma abordagem metodológica que combina elementos do neoinstitucionalismo e do culturalismo, inclusive citando SWEET (1999) para lembrar um ponto em comum entre essas duas perspectivas: um culturalista e um institucionalista vêem o seu objeto de estudo (cultura e instituições) como um artefato que facilita as interações humanas, aproximando e investindo de sentido as escolhas disponíveis para a conduta.

A tese ora desenvolvida, conquanto ancorada fortemente num marco neoinstitucionalista, pode se beneficiar em alguma medida de uma abordagem semelhante, na medida em que parece bastante razoável considerar a hipótese de que a ação dos Ministros do STF seja guiada não apenas por considerações de ordem estratégica relacionadas com a imposição de suas preferências e com constrangimentos por arranjos institucionais formais, mas também que outros fatores relacionados ao que a autora denomina “cultura interna” da Corte interfiram em seu processo decisório e na sua interação com os demais Poderes. Aliás, a mudança institucional endógena, como poderemos nos aprofundar mais adiante, depende, em alguma medida, da visão que a Corte tem de sua missão, a qual, por sua vez, é em parte determinada exatamente pela cultura interna construída pelos seus membros.

KAPISZEWSKI (2010 e 2011) descreve ainda o STF como uma corte constitucional que, por desenho institucional, encontra-se dotada de recursos expressivos, e que não deixa de exercer (embora moderadamente) sua autoridade. O seu papel seria percebido principalmente na resolução de disputas de poder (ou seja, competências relacionadas ao pacto federativo e à dinâmica da relação entre Poderes) e em temas de governança econômica, mas adotando-se uma via pragmática e conciliatória (*tactical balancing*) nesses assuntos, de modo a não confrontar repetidamente os mesmos atores políticos.

ARGUELHES<sup>6</sup> (2014, pp. 41-42), em linha com essa tese, aponta para a necessidade de que a literatura brasileira em *judicial politics* passe a dar maior ênfase à possibilidade de alteração do papel institucional do STF por meio da atuação endógena de seus Ministros. Para tanto, defende que “perfis, preferências e atitudes dos Ministros” deixem de ser mobilizados como variáveis apenas para estudar o processo decisório da Corte, mas também sejam utilizados como indicadores que ajudem a explicar as mudanças pelas quais a instituição passou desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Analisando a

---

<sup>6</sup> Anota o autor: "O caso do Brasil pós-constituente sugere que o efeito observável dos fatores exógenos a um dado tribunal pode ser modulado, tanto para mais, quanto para menos, por preferências e atitudes dos seus membros quanto ao desenho dos poderes de que dispõem. Em certas condições, uma maioria de Ministros com preferências restritivas tem recursos e incentivos para efetivamente transformar o próprio desenho institucional existente."

atuação da Corte em seus primeiros anos, o autor anota que ela própria conteve inicialmente seu campo de atuação por meio de uma interpretação restritiva do alcance dos recursos institucionais postos à sua disposição (análise de competência, alcance de determinadas vias processuais, etc). Todavia, destaca, com perspicácia, que ela o fez de uma maneira que poderia ser revertida, no longo prazo, pela própria Corte (seja por nova interpretação constitucional, seja direcionando a demanda inicial para as instâncias inferiores e se reservando apenas um papel corretivo do sistema).

ARGUELHES e RIBEIRO (2016) levam adiante essa agenda questionadora do quanto apenas variáveis externas ao STF explicariam a sua maior centralidade política, apresentando a hipótese de que, por vezes, a Corte cria espaços de atuação por meio do exercício de uma hermenêutica constitucional expansiva de seus poderes. Essa receptividade a um papel mais ativo tem, na visão dos autores, gerado incentivos à utilização de mecanismos processuais que permitam à Corte uma "atuação legislativa direta", e não mais apenas como órgão de controle de constitucionalidade da produção normativa dos outros Poderes; essa produção legislativa eventualmente se daria, inclusive, na condição de única câmara legislativa, por meio de decisões que não deixam margem para o Legislativo legislar de modo diverso. Os autores defendem a hipótese de que, a depender do ator político envolvido, o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) para o questionamento de decisões majoritárias passa a ser uma via de ação menos interessante que a utilização de institutos processuais como o mandado de injunção (MI) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), os quais, não por acaso, passaram a centralizar algumas das mais relevantes decisões da Corte nos últimos anos.

NUNES (2010) busca entender porque as reformas institucionais levadas a cabo pelos Governos Fernando Henrique Cardoso e Lula tiveram como foco o fortalecimento institucional ainda maior do STF. O autor se inclina para a tese de que, dado os problemas para implementar reformas econômicas que o primeiro governante teve com os magistrados de tribunais inferiores, especialmente juízes de primeira instância, seria importante aumentar a capacidade institucional da Corte para impor seus precedentes ao restante do Judiciário, mesmo que isso significasse aumentar a possibilidade de eventualmente o Executivo sofrer derrotas impostas pelo próprio STF.

#### **1.4 A agenda de pesquisas focada no lugar institucional do STF**

A quarta agenda de pesquisa que nos parece relevante destacar tem como foco a reflexão sobre o lugar do Supremo Tribunal Federal no desenho institucional brasileiro. Na

classificação que ora se propõe, essa agenda difere da terceira no sentido de que ela não centra sua atenção na interação entre os Poderes, mas sim em resgatar o caminho percorrido pela Corte até o papel que hoje exerce e, ainda, o que se pode esperar como resultado desse desenho constitucional e de seu processo evolutivo.

SADEK e ARANTES (1994) fizeram um trabalho pioneiro na investigação das razões para os problemas de desempenho institucional do Judiciário, destacando as diferentes dimensões do problema (que nominaram crise institucional, crise estrutural e crise de procedimentos) e as percepções dos próprios atores judiciais sobre a instituição. SADEK (2004 e 2010) prosseguiu nesse importante trabalho de diagnóstico e reflexão sobre o papel institucional do Judiciário.

KOERNER e FREITAS (2013), dissecando o intrincado jogo de disputas políticas entre o STF e a Assembléia Nacional Constituinte instalada com o advento da Nova República, trazem importantes subsídios para entendermos as razões históricas pelas quais o desenho institucional que resultou na Constituição Federal de 1988 conferiu àquela Corte papel relevante na arena política. A narrativa dos autores reforça o argumento neoinstitucionalista histórico, na medida em que se percebe que a (re) construção de uma ordem constitucional democrática brasileira não se deu em um vácuo institucional e que, portanto, ela guarda uma relação de dependência com as instituições e atores políticos atuantes na ordem constitucional autoritária naquele momento superada. O papel do STF na arena política, portanto, não foi dado por mera construção de um desenho institucional democrático, mas sim conquistado por meio da luta política; esta chave hermenêutica nos parece útil para compreendermos o posterior protagonismo da Corte.

VIEIRA (2008), em influente artigo, destaca o surgimento de um arranjo que nominou como “Supremocracia”, qualificado como um processo de “expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes”. A Corte seria atualmente um árbitro dos grandes conflitos institucionais, num processo que, no Império, foi exercido pelo Poder Moderador e, na República, coube tradicionalmente ao Exército (o autor argumenta que o STF, em alguns momentos históricos, subsidiariamente desempenhara esse papel). A Corte também estaria atuando não apenas na defesa da Constituição, mas igualmente na criação de regras, o que geraria tensões na democracia brasileira porque essa seria atribuição típica de órgãos representativos cujos membros se submetem a eleições.

RIOS-FIGUEROA e TAYLOR (2006) partem da premissa de que a maneira como se estrutura o Judiciário contribui decisivamente para moldar as estratégias legais e políticas de importantes atores, desempenhando importante papel nos padrões de judicialização de reformas de políticas públicas implementadas no Brasil e no México. Os autores destacam

que o escopo dos assuntos que podem justificar a mobilização da corte constitucional, o grau de independência dos juízes e dos tribunais inferiores em relação à corte constitucional e o quanto as decisões desta última vinculam aqueles outros são fatores relevantes para a atuação dos atores políticos envolvidos. Destaque importante para o elevado grau de independência interna de juízes e tribunais inferiores no Brasil em relação aos seus pares mexicanos, o que, para os autores, torna o acesso direto ao STF ainda mais importante porque seria um modo de atalhar essa influência, ainda que temporária, de decisões de instâncias inferiores sobre o ambiente político.

O trabalho dos autores reforça a hipótese de que as reformas institucionais mais recentes, conquanto pudessem gerar efeitos colaterais resultantes do aumento do poder do STF (como uma maior tendência a decisões que contrariem o Executivo), por outro lado diminuam os custos de implementação de políticas públicas porque tendiam a concentrar em um único ator, de resto mais sensível ao Executivo, o diálogo sobre a constitucionalidade daquelas últimas. Ajuda ainda a entender porque a mudança institucional endógena (que identificamos como sendo perpetrada pela agência de Ministros do STF) não tem enfrentado oposição renhida do Executivo, na medida em que ela pode ser percebida como potencialmente conveniente aos seus interesses.

### 1.5 A agenda de pesquisa esquecida

Todas as agendas de pesquisa acima referidas se desenvolveram muito desde a inauguração do novo marco institucional do Judiciário brasileiro pela Constituição de 1988. Todavia, há que notar que ganhos analíticos substanciais poderiam ser auferidos caso os pesquisadores no campo da *judicial politics* brasileira<sup>7</sup> dedicassem um pouco mais do seu tempo e de seu esforço reflexivo para as conexões entre o Direito e a Ciência Política.

TUSSEAU (2017) destaca a importância do Direito Processual Constitucional, que trabalha fundamentalmente com as técnicas de decisão dos juízes constitucionais, como uma abordagem complementar ao estudo da *political jurisprudence*, numa referência velada à Martin Shapiro e seus conhecidos estudos sobre o processo decisório da Suprema Corte norte-americana, que também influenciaram pesquisadores em *judicial politics* daquele país. De fato, técnicas de decisão judicial, como a modulação temporal dos efeitos

---

<sup>7</sup> No ponto, há que se destacar que o grupo de pesquisadores reunidos em torno da Fundação Getúlio Vargas - FGV, talvez justamente porque conjuguem formação jurídica àquela em ciência política, pode ser apontado como uma exceção nesse quadro.

do julgamento, podem produzir impactos relevantes no resultado final de um caso, e como tal influenciam as relações entre o Judiciário e os demais Poderes.

Convém advertir, porém, que não se trata de pretender que os trabalhos ganhem conotações normativas, ou que os cientistas políticos passem a disputar com os constitucionalistas a interpretação do texto constitucional. Cuida-se, na verdade, apenas de atentar para os mecanismos pelos quais a linguagem jurídica é utilizada pelo Judiciário (em especial, o STF) como veículo (e escudo) para avançar sua agenda político-institucional, mas preservando, no plano discursivo, sua legitimidade enquanto ator "imparcial"<sup>8</sup> na arena política. Esse ponto será objeto de desenvolvimento mais aprofundado no próximo capítulo, justamente com o objetivo de subsidiar críticas à atuação do STF focadas nos meios utilizados pela Corte para agir na arena política; por ora, contudo, é importante apenas notar esse ponto falho na literatura da área.

KAPISZEWSK e TAYLOR (2008) estendem essa crítica à literatura latino-americana sobre *judicial politics*, anotando que acreditam que o entendimento sobre a judicialização da política e sobre o crescente envolvimento das cortes constitucionais na elaboração de políticas públicas se beneficiaria se "... we keep in mind that legal rules are the fundamental background for judicial behavior." Acrescentam ainda que, mesmo em países latino-americanos com menor nível de institucionalização, "*substantive and procedural codes, laws, legal doctrines, theories of judicial interpretation, and existing jurisprudence all motivate, enable, and constrain judicial actors*".

COUSO (2010) também se refere à cultura jurídica dos países latino-americanos como um fator importante para o estudo no campo da *judicial politics* na região, apontando, em especial, para uma mudança mais recente no modo de se entender a hermenêutica constitucional, que passou a ser denominado como neoconstitucionalismo. O autor destaca sobretudo a percepção de que os juízes deveriam dispor de poderes para assegurar que a Constituição prevaleça sobre as leis legisladas, isto é, aprovadas pelo Legislativo. Esse aspecto, segundo o autor, teria enormes consequências políticas porque alteraria a posição de subordinação que o Judiciário teria no sistema político em uma concepção tradicional do constitucionalismo (cf. página 155), modificando a correlação de forças entre os Poderes.

---

<sup>8</sup> A palavra "imparcial" foi utilizada com o intuito de designar um ator que agiria de modo técnico e apolítico, atento apenas para a necessidade de fazer valer o texto da Constituição. Ela, ademais, é uma palavra muito cara ao vernáculo judicial, por isso mesmo simbólica do que pretendemos afirmar.

COUSO (2010, p. 146) destaca ainda a importância que a produção acadêmica, notadamente aquela promovida por constitucionalistas influentes no meio jurídico latino-americano, teve para moldar uma nova cultura legal latino-americana, criticando a pouca atenção dada pela ciência política latino-americana à produção jurídica doutrinária da região e sua repercussão na arena política. A crítica do autor soa totalmente pertinente e está em linha com a perspectiva adotada nessa tese, pela qual o *judicial review* de matiz neoconstitucionalista desempenhou papel importante no Brasil para reorientar a atuação do STF e para permitir que, pela agência dos seus Ministros, o mesmo deslocasse endogenamente seu papel na arena política para uma posição de maior centralidade decisória.

Aliás, sobre o tema convém destacar, porque bastante reveladora do que vimos de afirmar, a crítica de SILVA (2005) acerca de princípios/métodos de interpretação constitucional que acabaram assumidos pelo STF como os de maior relevância na sua prática jurisdicional<sup>9</sup>: esses princípios/métodos são comumente apresentados como sendo representativos de um “modelo alemão de interpretação constitucional”, quando, na verdade, são apenas um catálogo de suas próprias ideias sobre a temática, condensado pelo constitucionalista Konrad Hesse<sup>10</sup> em seu manual de direito constitucional. SILVA<sup>11</sup> (2005, pp. 116-120) relata que uma pesquisa nas obras de direito constitucional alemão da época demonstra que a absoluta maioria dos princípios de Hesse sequer eram citados em outros manuais da disciplina, os quais, por sua natureza didática, tendem a retratar aquilo que é mais aceito pela doutrina no momento de sua publicação.

SILVA (2005, p. 140) utiliza ainda um exemplo constrangedor para apoiar sua conclusão:

“uma amostra interessante da discrepância entre a recepção das idéias de Hesse na Alemanha e no Brasil – e também da obrigatoriedade do uso de expressões alemãs (nota: o autor se refere ao hábito de operadores do direito no Brasil de usar palavras estrangeiras para se arrogar uma pretensa erudição) – pode ser obtida via Internet. Em qualquer serviço de busca, basta pesquisar, por exemplo, os termos Hesse, *Einheit der Verfassung* (“unidade da constituição”) e *normative kraft der Verfassung* (força normativa da Constituição). Mesmo consultando esses “princípios” apenas em alemão, o resultado é inusitado: somente serão encontradas páginas brasileiras.” (grifos do autor)

---

<sup>9</sup> Convém anotar que esses “princípios e métodos” de hermenêutica constitucional se encontram acolhidos em inúmeros manuais de direito constitucional brasileiro.

<sup>10</sup> O livro se chama “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland”

<sup>11</sup> Parece pertinente informar que o Professor Virgílio Afonso da Silva tem bastante familiaridade com a cena acadêmica alemã, visto que cursou seu doutorado na Universidade de Kiel, onde foi orientado pelo Professor Robert Alexy.

O constitucionalista brasileiro, à semelhança da visão de COUSO<sup>12</sup> (2010) sobre o cenário latino-americano, atribui esse fenômeno a uma busca por modernidade e emancipação teóricas do constitucionalismo brasileiro, e critica o que denomina como “sincretismo metodológico” em que essa postura incorre.

Embora Virgílio Afonso da Silva localize na academia suas críticas centrais à essa adoção confusa e colonizada de princípios e métodos de interpretação, pensamos que, do ponto de vista da Ciência Política, o beneficiário maior deste modelo de adjudicação constitucional é inegavelmente o juiz, notadamente o juiz constitucional. O tema será aprofundado em capítulo próprio, mas nos parece evidente que o uso de uma “retórica neoconstitucionalista” atuou como um elemento importante para auxiliar o STF a avançar seu lugar na arena política, amparado no manto argumentativo de estar apenas revelando o sentido do texto constitucional.

Concluimos destacando que parece realmente relevante que a Ciência Política brasileira aumente sua compreensão sobre o funcionamento do nosso sistema jurídico, para que algumas de suas questões de pesquisa sejam melhor delimitadas e também suas conclusões não sofram de indesejáveis vieses em função de detalhes técnicos à primeira vista pouco significativos para quem não é um operador do Direito<sup>13</sup>. Por vezes variáveis explicativas concorrentes deixam de ser consideradas por conta dessa falta de investimento na

---

<sup>12</sup> O autor anota que “*Such an approach, however, ignores the fact that in peripheral countries jurists do engage in doctrinal work aimed at guiding the actions of the rest of the members of the legal domain. Indeed, although much of the doctrina articulated in the region represents a mixture of misreadings and appropriations borrowed from more prestigious jurisdictions, it plays an important role in the configuration of the legal ideology of Latin America.*”

<sup>13</sup> Um episódio vivenciado pelo autor da tese é bastante ilustrativo desse problema: durante um seminário sobre os 10 anos de existência dos Juizados Especiais Federais - JEFs, realizado em 2012 em Curitiba-PR, uma pesquisadora do IPEA (uma instituição muito respeitada pela excelência de seus pesquisadores e que nesse caso atuou em parceria com o Conselho Nacional de Justiça - CNJ) apresentou os resultados de uma extensa e interessante pesquisa sobre aqueles, buscando traçar um diagnóstico que permitisse um planejamento para o futuro dos JEFs. Todavia, um dos dados apresentados foi o fato de que 78,7% dos processos tinham julgamento final de mérito, o que supostamente colocaria “... em xeque a tese de que os juizados especiais federais receberiam predominantemente ações temerárias, sem razão de ser ou imprudentes.” (Relatório do IPEA na pesquisa Acesso à Justiça nos Juizados Especiais Federais, p. 82). Não foram permitidos debates orais após a apresentação, mas em seguida tive a oportunidade de perguntar pessoalmente se o IPEA poderia disponibilizar dados desagregados dos julgamentos de mérito, separando aqueles processos em que houvesse precedentes do STF (ou ao menos os precedentes que houvessem sido objeto de edição de súmula vinculante). A pesquisadora não compreendeu inicialmente minha pergunta, quando então expliquei que a alegação de que inúmeros processos propostos nos JEFs são temerários ou sem razão de ser, que é muito encontrada entre os juízes federais, tinha fundamento no fato de que essas ações eram propostas mesmo sabendo-se que seriam julgadas improcedentes porque o STF já pacificara o tema em sentido contrário. Expliquei ainda que, apesar disso, essas ações tinham o seu mérito julgado da mesma maneira que ações não temerárias, pelo fato de que o julgamento sem mérito dizia respeito apenas a problemas de ordem procedimental, o que não era o caso dessas ações cujo mérito o STF já estabelecera juízo negativo de procedência. Elas eram julgadas normalmente porque procedimentalmente cumpriram os ritos, mas no mérito estavam fadadas ao fracasso desde o seu início, sendo que o único beneficiário de seu ajuizamento foi o



análise de características de funcionamento do Judiciário brasileiro, as quais podem impactar no tema pesquisado.

---

escritório de advocacia que cobrou os honorários para propor aquela demanda. A pesquisadora reconheceu então que não tinha esses dados desagregados, e que essa explicação de ordem técnica não tinha sido levada em conta no momento da confecção do relatório de pesquisa.

## **2 O neoinstitucionalismo e o estudo da mudança institucional endógena na *judicial politics* brasileira**

A presente tese tem como preocupação principal produzir dados e explicações que ajudem a entender como a interação entre, de um lado, o desenho institucional legado por uma conjuntura crítica como aquela representada pela Assembléia Nacional Constituinte de 1988 e, de outro lado, a agência dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, favoreceu ao longo do tempo um processo de mudança institucional endógena que conferiu à Corte uma centralidade política sem precedentes em nossa história político-constitucional, ao mesmo tempo em que permitia aos Ministros uma liberdade de ação pouco comum em outras cortes constitucionais para avançar na promoção de suas agendas pessoais.

É possível (e necessário) pensar numa leitura que conecte essas duas dimensões de existência e ação da Corte? É possível começar a traçar um modelo de ação estratégica dos Ministros adaptado ao caso brasileiro, que explique quais são os recursos institucionais postos à disposição dos mesmos para fazer valer suas preferências decisórias e como são mobilizados por seus titulares? É possível identificar quais os elementos endógenos à instituição contribuíram para a dinâmica de mudança institucional que entendemos haver ocorrido para que o Supremo Tribunal Federal alterasse seu papel na cena política brasileira, sem que com isso neguemos a existência e importância de elementos exógenos nesse processo?

### **2.1 A importância de fatores exógenos para o desempenho institucional do STF e sua apropriação pela ação endógena da Corte**

A última questão nos leva a uma importante ressalva, sem a qual o leitor poderá partir de uma premissa errada na apreciação crítica deste trabalho. Não discordamos da perspectiva pela qual fatores exógenos têm um papel explicativo importante para que possamos entender a centralidade política atingida pelo STF. O custo de acesso à Corte é baixo para inúmeros atores políticos, que por isso têm muitos incentivos para promover sua mobilização nos moldes descritos por TAYLOR (2008). Também a fragmentação partidária que marca o quadro político brasileiro dificulta a atuação do Legislativo quando o STF even-

tualmente avança sobre competências que lhe seriam típicas (inclusive o desenho institucional das regras da competição política); o mesmo pode ser dito do Executivo em relação a decisões da Corte sobre políticas públicas. A fragmentação partidária, aliás, compõe nossas considerações quando pensamos nas condições causais<sup>14</sup> que codificamos ao trabalhar empiricamente as circunstâncias em que a mudança institucional endógena pode ser esperada. Convém ainda assinalar que esta perspectiva exógena é adotada por importante literatura em *judicial politics* sobre o tema no Brasil (COUTO e ARANTES, 2006; TAYLOR e DA ROS, 2008; BARBOSA, 2015) e está em linha com uma literatura importante no exterior sobre fatores explicativos do aumento do poder das cortes constitucionais (FEREJOHN, 2002; GINSBURG 2003; HIRSCHL, 2004; FERREJOHN, ROSENBLUTH, SHIPAN, 2007; FINKEL 2008; BRINKS, 2011).

Conquanto não neguemos a importância de fatores exógenos, o nosso ponto de observação sobre o mesmo fenômeno parte de outro lugar, e por isso entendemos que podemos oferecer uma visão sutilmente diferente sobre o mesmo quadro, que ajude a compreender melhor o desempenho institucional do Supremo Tribunal Federal.

Uma primeira indagação que devemos fazer é a quem interessava muitas das alterações institucionais que ocorreram posteriormente a 1988, via emendamento constitucional ou legislação ordinária, e que conferiram novos poderes institucionais ao STF. Mudança institucional exógena, convém registrar. BARBOSA (2015, p. 110) anota que a Emenda Constitucional n. 3 (que criou a ação declaratória de constitucionalidade - ADC - e lhe conferiu efeito vinculante), por exemplo, foi pensada com o intuito de dificultar o questionamento de medidas econômicas que o Executivo planejava implementar e que poderiam gerar uma avalanche de ações nas instâncias judiciais inferiores, com prejuízo para sua eficácia. Assim, o caminho até o STF seria atalhado e o Executivo poderia evitar uma batalha judicial politicamente desgastante. BARBOSA (2015, p. 109) destaca ainda um ponto bastante interessante: a ementa do processo legislativo subjacente continha a seguinte informação sobre os artigos a serem alterados: "tratam de tributação, com o objetivo de promover o ajuste fiscal". O autor vê neste fato uma manobra para aumentar o poder do STF. A leitura nos parece correta, mas por si só ela não responde à questão inicial deste parágrafo: a quem interessava?

---

<sup>14</sup> No capítulo 5, utilizamos o método QCA (*Qualitative Comparative Analysis*) para apurar as condições necessárias e suficientes para a ocorrência de mudança institucional endógena. Uma das condições causais mobilizadas é justamente a probabilidade de efetiva reação de atores externos, notadamente Executivo e Legislativo, à decisão tomada. E para que a baixa probabilidade de reação fosse levada em conta, um dos critérios era o quanto a fragmentação partidária influenciava na capacidade de ação destes atores em relação a cada caso específico mobilizado.

Pensamos que o próprio autor a responde, ao apontar o Executivo e sua liderança no Legislativo como os artífices da mudança. Não foi, porém, uma mudança que decorreu diretamente da fragmentação do sistema partidário, visando fortalecer a Corte para assegurar maiorias que no futuro se tornassem minorias (como ocorreu no desenho acordado na promulgação da Constituição de 1988). Na verdade, foi uma mudança motivada por uma razão endógena ao Judiciário e fruto de uma relação dialógica velada entre Executivo e STF, pelo qual se esperava que este “interpusesse sua mão amiga” (WHITTINGTON, 2005) em favor dos objetivos políticos daquele, utilizando seus novos recursos institucionais para controlar as instâncias inferiores da magistratura. Mesmo que Executivo e Legislativo operassem em quadro de maior concentração partidária, pouco poderiam fazer para induzir maior cooperação de uma magistratura pulverizada em milhares de atores dotados de expressivos recursos institucionais, e muito menos suscetíveis a considerações de ordem política do que o Supremo Tribunal Federal.

Como destacamos no primeiro capítulo, NUNES (2010) e RIOS-FIGUEROA e TAYLOR (2006) partilham da mesma visão, o que reforça nosso ponto de que a fragmentação partidária é componente explicativo importante do papel do STF na arena política, mas não é o único fator que contribui para este resultado. É importante anotar que, dado o desenho institucional brasileiro, que acolhe tanto o controle de constitucionalidade concentrado<sup>15</sup> quanto o difuso<sup>16</sup>, a magistratura federal de primeira instância foi bastante utilizada como via para a contestação de políticas públicas (como, por exemplo, as medidas econômicas iniciais do Governo Collor e as privatizações de matiz neoliberal do governo FHC) por minorias políticas e grupos de interesse. As dificuldades não apenas judiciais, mas também políticas, que resultavam dessas verdadeiras batalhas judiciais foram certamente relevantes para que o STF passasse a dispor de novos recursos institucionais que tornassem mais fácil vincular a magistratura aos seus precedentes.

Outras alterações legislativas que reforçaram os poderes institucionais do STF podem ser pensadas sob a mesma chave explicativa. Um exemplo é a edição da Lei 9868/99<sup>17</sup>, que regulamenta o processamento das ações diretas de constitucionalidade -

---

<sup>15</sup> Baseado no modelo europeu, no qual a constitucionalidade da lei é examinada abstratamente por uma corte constitucional, sem necessidade de um caso concreto, com repercussão de caráter geral e vinculante.

<sup>16</sup> Baseado no modelo norte-americano, no qual o exame da constitucionalidade de uma lei é feito no caso concreto por toda a magistratura, contrastando-se a lei e a situação de fato posta ao exame do juiz, com repercussão inicialmente apenas nesse caso concreto específico, e excepcionalmente extensível a outros casos.

<sup>17</sup> Esta lei, aliás, foi impugnada por meio das ADI 2154/DF e 2258/DF. Dentre os pontos considerados inconstitucionais, estava justamente o mencionado artigo 27. Não deixa de ser simbólico sobre a dinâmica entre Ilhas e Continente que desenvolveremos adiante, que justamente essas ações diretas de inconstitucionalidade

ADI - e das ações declaratórias de constitucionalidade - ADC. Essa lei tem sua origem num anteprojeto elaborado inicialmente pelo Ministro Gilmar Mendes<sup>18</sup>, quando ele ainda atuava no Executivo. Ela conferiu ao STF importantes recursos institucionais, tais como fixar o marco temporal a partir do qual uma lei passaria eventualmente a ser considerada (in) constitucional (art. 27), ou a interpretação conforme a Constituição (art. 28). Esses recursos institucionais podem ser relevantes para objetivos estratégicos do Executivo, novamente como veículos pelos quais se expressaria a referida relação dialógica entre os Poderes.

Para sustentar o argumento, basta lembrar o Recurso Extraordinário 556.664/RS<sup>19</sup>, em que houve uma modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de um tributo, determinando-se o marco inicial da inconstitucionalidade como sendo o dia da sessão de julgamento, para aqueles que não haviam ainda buscado judicialmente sua restituição tributária (a expressiva maioria dos contribuintes); ou seja, aqueles que ainda não haviam acionado o Judiciário não receberiam os tributos pagos até aquela data, a despeito de sua inconstitucionalidade, sendo que após o julgamento o governo certamente deixaria de cobra-los. Caso não dispusesse deste recurso institucional, o STF teria que retroagir a inconstitucionalidade à data da edição da lei, como determina a teoria clássica do controle de constitucionalidade, e a restituição seria muito maior e potencialmente devida a todos os contribuintes; à época, a perda estimada pelo governo era R\$ 95 bilhões em valores a devolver.

Podemos então concluir que não é coincidência que o proponente de algumas mudanças institucionais seja o Executivo, pois ele espera se beneficiar pontualmente do uso destes recursos institucionais conferidos ao STF. É muito provável, por outro lado, que não tenha escapado aos atores políticos experimentados que compunham o Executivo e Legislativo a possibilidade de que o STF futuramente utilizasse esses recursos de maneira que

---

dade tenham sido objeto de um "perdido de vista", como o qualificou expressamente um dos Ministros entrevistados para esta tese. Durante esses anos a Corte tem aplicado regularmente a norma, sem se preocupar em dirimir as dúvidas sobre sua possível inconstitucionalidade.

<sup>18</sup> Esta informação consta do site da Câmara dos Deputados (<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-exposicaodemotivos-150030-pl.html>) e constava também da página pessoal do Ministro Gilmar Mendes (<http://www.gilmarmendes.com.br>), na qual sua atuação político-institucional era destacada como uma das marcas de sua carreira, em especial na aprovação de leis que de algum modo afetaram a atuação do Supremo Tribunal Federal. A página, porém, parece ter sido desativada em nossa mais recente consulta, realizada em data próxima do fechamento da tese.

<sup>19</sup> Outro caso tributário rumoroso versa sobre a inclusão do ICMS cobrado na base de cálculo de PIS/COFINS, e foi julgado em 2017 por meio do Recurso Extraordinário 574.706/PR, tendo o STF considerado inconstitucional esta cobrança. Todavia, o Executivo também pediu a modulação dos efeitos e o tema ainda será apreciado, não sendo desprezíveis as possibilidades de que a "mão amiga" do STF novamente se interponha em socorro do Executivo. Embora a tradição jurisprudencial na Corte seja a não modulação em matéria tributária, o tema igualmente tem impacto estimado em dezenas de bilhões, e a Corte já se mostrou suscetível ao impacto neste caso porque sua posição final sobre a inconstitucionalidade somente foi firmada após muitos anos de indas e vindas processuais que não cabe aqui narrar.

lhes causasse desconforto, pois “*the delegation of power to the courts involves considerable long term risks*” em assegurar que os julgamentos futuros irão “*reflect the ideological preferences and serve the political interests of those who granted policy-making to the judiciary*”. (HIRSCHL, 2004, p. 15). Todavia, este custo institucional possivelmente foi contabilizado na partida como integrante da regra do jogo, até porque um Judiciário institucionalmente forte já era um dado da realidade de difícil e custosa (senão impossível) reversão. Os benefícios, inclusive no controle maior sobre as instâncias judiciais inferiores, seriam potencialmente maiores.

Vale lembrar, por fim, um dado por vezes negligenciado: a maior parte destas alterações legislativas foram anteriores à troca de guarda entre a “Corte Moreira Alves” e a “Corte Gilmar Mendes”<sup>20</sup>; o Continente e suas Ilhas soavam mais como a “*friendly hand*” (WHITTINGTON, 2005) ou o “*faithful servant of the regime*” (BRINKS, 2011) do que como atores em busca de um maior protagonismo na arena política.

O atrito, ou ao menos o ranger de dentes, poderia surgir quando houvesse uma discordância na intensidade do uso destes poderes. Como lembra SMITH (2008, p. 53), “*The judges’ concerns about doctrinal consistency and their own institutional power, along with their sometimes distinct understandings of principles they share with prominent elected officials*” pode fazer com que suas decisões não se alinhem sempre com o desejo destes últimos.

É aqui que pensamos que a fragmentação do sistema partidário passa a importar com maior intensidade, ou seja, quando examinamos a capacidade de reação do sistema político na hipótese de que a corte constitucional passe a usar os poderes que lhe foram conferidos para fins outros que seguramente extrapolam os limites para os quais foram inicialmente pensados. Note-se, porém, que para que esta extrapolação ocorra, é necessário que a corte constitucional passe a compreender os seus recursos institucionais de uma maneira diversa, expandindo o seu escopo por meio de uma ação endógena, geralmente pelo exercício do *judicial review*.

É importante deixar claro que o desenho institucional inicialmente conferido ao STF naturalmente colocaria a Corte em uma posição importante na arena política, da qual ela não havia usufruído em nenhum outro momento de sua história. Este desenho, por sua vez, resultou da conjunção das demandas de variados atores, como a composição da Corte

---

<sup>20</sup> Trabalhamos com a perspectiva de que as rotineiras mudanças de composição da Corte significaram, no início do primeiro governo do Presidente Lula, uma verdadeira passagem de guarda que afetou o desempenho institucional do STF. O assunto será mais desenvolvido nos capítulos 4 e 5, mas, por ora, apenas destacamos que essas duas gerações foram esquematicamente representadas nas figuras da “Corte Moreira Alves” e da “Corte Gilmar Mendes”.

naquele momento, a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, outros setores da magistratura e da sociedade civil. Algumas destas demandas eram inclusive conflitantes entre si, pois à época a Corte era contrária a ampliação dos meios de acesso promovida no texto constitucional (notadamente a legitimação para a propositura de ADI), ao passo que setores da sociedade civil visavam um redesenho mais radical do STF (inclusive com a substituição de seus membros) ou até mesmo sua substituição por outra experiência institucional, como nos mostram CARVALHO (2010), KOERNER (2013) e CARVALHO (2017).

Contudo, mesmo com um desenho inicial generoso, e com o acréscimo posterior de novos poderes, nada no texto constitucional permite concluir, sem considerável esforço hermenêutico, que o STF teria poderes para bloquear emendas à Constituição, para interferir em prerrogativas parlamentares sensíveis, para determinar políticas públicas ou para limitar o campo de ação legislativa determinando de modo quase exauriente o que pode o Legislativo fixar caso edite uma lei sobre um dado assunto. E a Corte passou a fazer exatamente isso ao longo dos anos. A expansão dos seus poderes deu-se em boa parte por via endógena, pela agência de membros da Corte especialmente motivados pelo intento de alterar o lugar político do Supremo Tribunal Federal, os quais habilidosamente aproveitaram conjunturas favoráveis e os espaços de interpretação que uma constituição como a brasileira permite para fazer avançar sua visão sobre o papel de uma corte constitucional.

## **2.2 Das razões de uma abordagem neoinstitucionalista**

### **2.2.1 O neoinstitucionalismo e suas vertentes**

As perguntas que formulamos no início do capítulo nos leva a reconhecer a necessidade de' abordarmos algumas questões ligadas ao novo institucionalismo e ao problema de coordenação das questões de agência/estrutura que há tempos constitui foco de preocupações da academia, de maneira a, desde logo, estabelecer o marco analítico utilizado nesse trabalho.

Não nos parece demais lembrar que, se estamos a tratar de neoinstitucionalismo, isto se deve ao fato de que as teorias behavioristas que dominavam a Ciência Política (quando da renovação teórica do velho institucionalismo) não se afiguravam suficientes para explicar questões que partiam de uma constatação quase trivial: a de que as instituições realmente importam, dado que elas ao menos condicionam as estratégias de ação dos atores políticos que com elas interagem e induzem a adoção de comportamentos em função das recompensas que oferecem.

A acertada advertência da DAHL (1961, p. 770), para quem o indivíduo não é o sistema político e decisões coletivas não se explicam apenas pela análise de preferências individuais, de certo modo explica as preocupações que se sucederam à onda behaviorista, uma vez que se percebeu que este marco teórico não se afigurava suficiente para o estudo do sistema político.

As instituições, portanto, voltaram a atrair a atenção da academia, mas o neoinstitucionalismo, longe de negar totalmente as contribuições da escola behaviorista, delas se serviu para construir uma abordagem calcada em bases mais científicas do que aquelas do antigo institucionalismo.

HALL e TAYLOR (2003), em influente artigo, descrevem aquelas que consideram ser as três grandes correntes do neoinstitucionalismo: as vertentes histórica, sociológica e da escolha racional. O nosso interesse neste trabalho, e dos pesquisadores em Ciência Política de maneira geral, se concentra especialmente nas abordagens histórica e da escolha racional, embora mesmo estas não tenham um fio condutor único para os seus adeptos; existem várias maneiras de se conceber uma abordagem neoinstitucionalista nestas duas vertentes, de modo que estas expressões designam apenas genericamente um modo de se estudar o fenômeno político.

O neoinstitucionalismo histórico, segundo HALL e TAYLOR (2003, p. 196) define instituições, de modo geral, como “... os procedimentos, protocolos, normas e convenções oficiais e oficiosas inerentes à estrutura organizacional da comunidade política ou da econômica política.” Os neoinstitucionalistas históricos tendem também a valorizar uma perspectiva cultural acerca do modo em que se dá o relacionamento entre o indivíduo e as instituições, pressupondo que a atuação daquele é estruturada pelas limitações impostas por estas, e que a resiliência de determinadas instituições se explica em grande medida pela percepção de que a sua mudança a partir de ações individuais não é possível. Nesta perspectiva, para HALL e TAYLOR (2003, p. 198), “... as instituições fornecem modelos morais e cognitivos que permitem a interpretação e a ação. (...). Não somente as instituições fornecem informações úteis de um ponto de vista estratégico como também afetam a identidade, a imagem de si e as preferências que guiam a nação.”

HALL e TAYLOR (2003, pp. 199-200) destacam ainda dois outros pontos caros aos neo-institucionalistas históricos: a) a idéia de que as instituições “... conferem a certos grupos ou interesses um acesso desproporcional ao processo de decisão”, e as conseqüências que disto decorrem em termos de benefícios e prejuízos aos atores envolvidos; b) a defesa “... de uma causalidade social dependente da trajetória percorrida, “path dependent”, a qual rejeita a idéia de que os mesmos resultados institucionais podem ser obtidos em todo lugar



se adotados certos desenhos institucionais “... em favor de uma concepção segundo a qual estas forças são modificadas pelas propriedades de cada contexto local, propriedades essas herdadas do passado”.

De outro lado, os neoinstitucionalistas da escolha racional passaram a levar em conta as instituições quando se depararam com um importante dilema de ação coletiva (HALL e TAYLOR, 2003, p. 203; ROTHSTEIN, 2000, p. 143): se os postulados da escolha racional estavam corretos, a conduta dos atores no sentido de maximizar suas preferências deveria dificultar a formação de maiorias estáveis no Congresso norte-americano, mas os dados colhidos mostravam o contrário. A explicação encontrada foi o papel desempenhado pelas instituições, entendidas como aquelas que forneciam as regras do jogo e, assim, impunham constrangimentos ao arco de escolhas estratégicas dos atores políticos, ordenando suas preferências; as instituições são vistas como fatores exógenos pelos neoinstitucionalistas da escolha racional, e ordenam as preferências dos agentes ao fornecer meios de melhor calcular os custos para o alcance de suas escolhas prioritárias. Estas, por sua vez, são consideradas como previamente dadas, de modo que o foco analítico, segundo PERES (2008, p. 64), é “... exclusivamente circunscrito ao processo de tomada de decisão, num contexto em que as preferências já estão estruturadas e que são restringidas por um certo tipo de arranjo institucional”.

Embora tenha inegável valor metodológico, o neoinstitucionalismo, especialmente em sua importante vertente histórica, tem sido objeto de críticas por conta do excessivo foco em fatores exógenos como indutores da mudança institucional no tempo. A crença de que a trajetória dependente (*path dependent*) induzida pelo desenho inicial tenderia a gerar uma lógica de auto-reforço (*self-reinforce*) em determinados padrões de desempenho institucional, os quais teriam pouco espaço para alterações ao longo do tempo (essas ocorreriam notadamente em situações de conjuntura crítica derivadas de fatores externos, ou pela interação entre instituições), tem sido objetada pela necessidade de se reconhecer que a percepção de mudança institucional no tempo pode demandar horizontes temporais mais longos para ser corretamente identificada (PIERSON, 2004, p. 14-15), e pode ser também provocada por fatores endógenos às instituições, ao contrário dos pressupostos teóricos da primeira geração de estudos neoinstitucionalistas.

REZENDE (2012, pp. 115 e 117) em ótimo artigo sobre o tema, anota que

“A segunda geração no novo institucionalismo histórico estaria se distanciando progressivamente de modelos centrados na utilização intensiva do conceito de dependência de trajetória e de momentos críticos para analisar a mudança. O foco analítico desloca-se para abordagens que sejam capazes de introduzir poderes causais às variáveis institucionais e, por outro lado, trabalhar com modelos que permitam

combinar fatores endógenos e exógenos na construção de hipóteses mais sofisticadas para explicar os diversos tipos de mudança." (grifos nossos)

E prossegue adiante:

"Outro problema crucial derivado da estabilidade das premissas encontra-se na excessiva ênfase às causas mais imediatas da mudança. Os modelos tradicionais enfrentam severas limitações em dar vazão ao papel de fatores considerados estruturais, que se configuram ao longo de lentos processos de erosão das formas preexistentes, e focalizar prioritariamente os processos mais agudos e descontínuos de mudança. Este fato é especialmente problemático em vista da importância crucial dos efeitos de retroalimentação positiva (positive feedback) que essas teorias usualmente assumem. Se os agentes se adaptam e se alinham com as instituições existentes, o equilíbrio irá se reforçar no tempo, deixando pequenas margens para a promoção de mudanças. Diante dessa tendência, as análises das reformas terminam por incorrer no equívoco típico de desconsiderar as lentas erosões, conferindo mais importância aos estágios finais ou mais agudos da mudança. Ao focalizar na noção da mudança como "ruptura com a estabilidade", as teorias tradicionais tendem a não dar relevância à suposição de que as mudanças ocorrem de forma contínua e gradual." (grifos nossos)

Note-se, porém, e essa é assunção que será reiterada outras vezes nesse trabalho, que não se está a negar que fatores exógenos possam contribuir para a mudança institucional, seja de modo incremental, seja em momentos de maior instabilidade institucional que permitam redesenhos mais radicais em razão de rupturas da ordem até então vigente; no que diz respeito ao Poder Judiciário, concordamos com Resende que fatores exógenos e endógenos podem se combinar para a produção de mudança institucional. Isso ocorre, por exemplo, quando Ministros se utilizam fortemente da pressão da opinião pública, via mídia, para influenciar a dinâmica interna do STF e conseguir vitórias não apenas pontuais, não apenas resumidas à imposição de suas preferências decisórias em processos específicos, mas que têm o potencial de alterar o curso da ação institucional da Corte e deslocar seu papel na arena política para uma posição de maior relevância. Aprofundaremos essa questão no tempo apropriado.

O foco principal deste trabalho - estudar a mudança institucional no Supremo Tribunal Federal sob uma perspectiva endógena, e como a liberdade de ação incomum das Ilhas e sua dinâmica com o Continente contribuem para tanto - não significa, porém, negação da validade teórica de alguns pressupostos da primeira geração do novo institucionalismo para a construção de explicações convincentes sobre a mudança institucional. As lições de PIERSON (2004, pp. 10-11) sobre a importância que o momento e a sequência de determinadas ocorrências têm para o desenvolvimento institucional posterior (acontecimentos nos estágios iniciais de uma nova realidade institucional podem gerar uma rota que torne difícil, ou até mesmo impossibilite, a adoção de alguns padrões posteriores de desenvolvimento institucional) devem ser levadas em conta; elas apenas não podem ser consideradas fatores impeditivos da possibilidade de que, em determinadas conjunturas, atores políticos

hábeis usem seu poder de agência para produzir mudanças substantivas nas instituições a que pertencem em relação àquela trajetória inicialmente estabelecida.

O desafio posto para escrever esta tese é justamente pensar um modelo explicativo que combine adequadamente agência e estrutura, sem, todavia, propor algo em que “*everything matters*”, para ficarmos na didática imagem de MAHONEY e SNYDER (1999, p. 21). As abordagens estruturalistas tendem a confinar a agência aos períodos de conjuntura crítica e partilham uma visão um tanto determinista de ação institucional, pela qual a ação dos agentes seria previamente estruturada e induzida pelo padrão institucional estabelecido anteriormente. MAHONEY e THELEN (2010, p. 03) destacam, porém, que esse efeito de *path-dependency lock-in* que muitos neoinstitucionalistas atribuem às instituições é um fenômeno raro, dado que as instituições podem ter um processo evolutivo por várias vias incrementais, as quais somente num intervalo temporal maior podem ser adequadamente percebidas.

De outro lado, a ênfase maior na agência pode obscurecer o fato de que as instituições realmente delimitam o campo de possibilidades por meio das quais a agência dos atores políticos pode se expressar de modo eficaz.

Assim, um modelo explicativo sobre a mudança institucional no STF nesses últimos 30 anos deveria partir da concepção de que as instituições não são um obstáculo à agência dos atores, e tampouco determinam rigidamente seu comportamento em direção a uma trajetória específica de desenvolvimento institucional; os que elas fazem é apresentar um conjunto de recursos para atores estratégicos e reflexivos operarem dentro do arco de possibilidades que elas delimitam (MAHONEY e SNYDER, 1999, pp. 18 e 24-25).

### **2.2.2 A segunda geração neoinstitucionalista e a mudança institucional endógena**

Nessa linha, ganham relevância as observações de RESENDE (2012, p. 120) sobre novas abordagens institucionalistas acerca do processo de mudança. O autor, citando a concepção de Mahoney e Thelen (2010) sobre mudança gradual, anota que

"as instituições mudam continuamente e devem ser consideradas a partir de categorias analíticas ligadas ao conflito distributivo diante da alocação de recursos escassos entre múltiplos agentes. Reformas envolvem conflitos e ambiguidades, o que permite entender como as instituições acumulam tensões decorrentes dos mecanismos causais."

E adiante ele destaca o ponto que nos parece essencialmente vinculado ao nosso objeto de estudo:

"A principal implicação dessa teoria é a interligação entre mudança e estabilidade. Ou seja, a análise deve balancear os poderes causais conferidos aos fatores endógenos e exógenos. A sustentabilidade das instituições no decorrer do tempo é decorrência de uma continuada mobilização de recursos políticos e da superação dos conflitos por parte de agentes. A estabilidade não ocorre de modo natural, automático, espontâneo, como sugerem as teorias tradicionais, mas está diretamente ligada aos processos de disputa estratégica dos agentes por recursos e, portanto, sujeita a flutuações de poder."

Além disso, é fundamental atentar para as questões em torno da aplicação de regras. Os mecanismos de obediência (*compliance*) dos agentes são, pois, elementos causais fundamentais. O problema da mudança é desencadeado a partir do grau de ambiguidade gerado nos processos de implantação de regras e decisões diante do conflito distributivo.

Os autores argumentam que a ambiguidade típica das instituições gera espaços de interpretação, debate e contestação por parte dos agentes, introduzindo possibilidades para a mudança endógena. Não é o grau de formalização institucional que está associado à ambiguidade e ao problema de implantação das regras. Mesmo quando se trata de executar regras altamente formais, os agentes criam "espaços políticos" de interpretação, abrindo consideráveis lacunas para a ocorrência de conflitos em torno do significado, da aplicação e das formas específicas de alocação dos recursos; lacunas que permitem a emergência de novos modelos institucionais." (grifos nossos)

Nossa perspectiva de pesquisa caminha na mesma direção. O advento da nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo um novo desenho institucional para o Supremo Tribunal Federal. O tema já foi bastante explorado na Ciência Política brasileira, que converge para o entendimento de que esse desenho foi obra de um conjunto de ações de diversos atores políticos e sociais. Ela também converge para o reconhecimento de que as características do texto constitucional, extremamente analítico e rico em expressões de sentido fluído, abrem uma larga via de ação para a Corte.

O que importa por ora resgatar, contudo, é que não se tratou de um desenho institucional coeso e direcionado a partir de uma única perspectiva, sendo resultado tanto da atuação daqueles grupos oriundos do antigo regime (que preferiam um Poder Judiciário independente, porém mais insulado da vida política nacional), quanto de grupos que visavam ampliar os canais de acesso da sociedade ao sistema de justiça, notadamente o STF. Essa perspectiva nos parece importante para entender porque a Corte passou a desempenhar um papel político ativo ao longo desses quase 30 anos de nova ordem constitucional, de uma forma mais contida inicialmente e de forma muito evidente nos últimos anos. Afinal, como assinala IMMERGUT (1998, p. 09), as instituições não conseguem englobar a natureza fundamental do ser humano, mas têm a capacidade de induzir comportamentos. Todavia, nos lembra a autora, sendo uma criação humana, elas podem ser mudadas pela ação da política. É sobre isso que nos debruçamos nessa tese.

Entendemos que muito dessa mudança institucional tem conexão causal com fatores endógenos, não podendo ser explicada somente pelos cânones da primeira geração do

novo institucionalismo. Afinal, embora nos pareça bastante razoável entender o processo constituinte como um fator exógeno atuando como agente da mudança institucional em uma conjuntura crítica, nos parece igualmente aceitável afirmar que o STF que existe hoje é bastante diferente daquele originário da Constituição de 1988. Como alertam MAHONEY e THELEN (2010, p. 4), a mudança institucional "*often occurs precisely when problems of rule interpretation and enforcement open up space for actors to implement existing rules in new ways*".

Em nosso trabalho, um papel relevante é conferido à perspectiva de que o STF, nos moldes referidos por Mahoney e Thelen, utilizou-se ao longo dos anos do *judicial review* como meio para alterar substancialmente a interpretação do texto constitucional e, assim, promover mudanças institucionais que lhe conferiam maior centralidade política.

E onde o Supremo Tribunal Federal mais avançou institucionalmente foi decidindo sobre **o que** ele pode decidir e, em especial, decidindo **como** ele pode decidir; questões, fundamentalmente, acerca da extensão da sua competência e da extensão de seus poderes jurisdicionais<sup>21</sup>.

GINSBURG (2003, pp. 75-76) descreve muito bem a lógica que ampara esse comportamento:

*One thing that all judges may agree on, however, is the need to expand the institutional power of the court. If judges believe they can advance their preferences through deliberation with other members of the court, then it serves the interests of all to expand the power of the court in terms of jurisdiction and influence. Thus, even when there is disagreement on substantive policy, there may be opportunities for agreement on efforts to expand judicial power. Even if I am in the minority today, I hope to be in the majority tomorrow and need the ability to exercise power when I am. Jurisdiction-expanding decisions serve this function. Each judge can rationally seek advance the long-run institutional power of the court."* (grifos nossos)

### **2.3 O judicial review como instrumento clássico das cortes constitucionais para a mudança institucional endógena**

Faremos aqui uma pequena pausa no tema da mudança institucional endógena para frisar que os dois últimos parágrafos não deveriam causar surpresa. Afinal, parece intuitivo

---

<sup>21</sup> Merece menção ainda uma variante dessa estratégia, consistente em a Corte nada decidir sobre um caso sob alegações de ordem procedimental, mas afirmar o seu poder de decidir; no momento seguinte a competência da Corte já está supostamente estabelecida ou naturalizada e, por conseguinte, também o seu novo lugar institucional, impondo-se um custo político maior aos demais atores para a retomada desse espaço.

que o exercício do *judicial review* pelo STF seja o recurso institucional que, empregado estrategicamente, melhor habilite os seus Ministros a promoverem a mudança institucional endógena.

Tampouco se trata de uma inovação brasileira, convém frisar, pois a utilização estratégica de disputas judiciais para habilmente fazer avançar a centralidade política de uma corte constitucional está na gênese do *judicial review*.

O julgamento do caso *Marbury vs. Madison* é considerado o marco inicial do exercício do *judicial review* pela Suprema Corte norte-americana. Este precedente judicial, o mais famoso de todos os tempos, é frequentemente usado para ilustrar a sagacidade com que o *Chief Justice* John Marshall utilizou a disputa política entre federalistas e jeffersonianos para fortalecer institucionalmente a Suprema Corte. Marshall concedeu uma vitória ao Presidente (e adversário político) Thomas Jefferson<sup>22</sup> mas, ao mesmo tempo, conseguiu firmar um precedente estratégico pelo qual era reconhecido o poder da instituição para declarar a inconstitucionalidade de leis.

Convém lembrar que a disputa em questão, acerca da obrigatoriedade ou não da nomeação de William Marbury (ele era um dos juízes de paz indicados pelos derrotados federalistas no dia anterior da posse de Thomas Jefferson - no evento conhecido como “*the Midnight Judges*”) tinha como pano de fundo a forte desconfiança dos jeffersonianos em relação ao papel político que uma Suprema Corte majoritariamente federalista iria desempenhar naquela época, de modo que a própria sobrevivência política dos *Justices*<sup>23</sup> (em especial a de Marshall) estava em risco.

Do mesmo modo, estava em aberto naquele momento o padrão que as interações entre Executivo e Judiciário teriam no futuro, assim como a própria natureza da Suprema Corte enquanto instituição política (KNIGHT e EPSTEIN, 1996, p. 90).

Convém lembrar, por fim, que o exercício desta função de revisão das leis emanadas do Legislativo, por parte do Judiciário norte-americano, não era claramente estabelecido na Constituição de 1787 e não se deu sem forte resistência política antes e após *Marbury*. WHITTINGTON (2009, p. 234-235) relata que as reações às tentativas iniciais de afirmação do poder de revisão judicial das leis, encetadas por cortes estaduais, incluíram a adoção

---

<sup>22</sup> KNIGHT e EPSTEIN (1996, p. 99) anotam que apenas mais tarde Jefferson e os democratas-republicanos compreenderam as implicações estratégicas de *Marbury vs. Madison*. Os autores acrescentam que Jefferson criticou continuamente *Marbury* durante sua vida, inclusive discordando do fato de que, o que seria uma “*obiter dissertation*” (algo dito de passagem e sem caráter vinculante) de Marshall (sobre o poder da Corte derrubar uma lei e impor uma obrigação ao Executivo, como *Marbury* deixava implícito), passar a ser tratado como norma estabelecida.

<sup>23</sup> O Juiz Federal Pickering chegou a sofrer impeachment e os democratas-republicanos falharam no mesmo intento contra *Justice* Chase, mas os pesquisadores do tema tendem a apontar que o objetivo oculto desta tentativa seria o impeachment posterior do próprio Marshall.

de legislações proibitivas deste intento, fortes críticas veiculadas por meio da imprensa e ameaças de impeachment a magistrados. Somente em 1803, após exatamente *Marbury vs. Madison*, é que o *Chief Justice* John Marshall obteve condições políticas para afirmar o papel da Suprema Corte como intérprete da Constituição, embora WHITTINGTON (2009, p. 248) anote que, ainda naquele momento, carecia a mesma de autoridade política para impor aos outros Poderes sua posição estratégica como intérprete final do texto constitucional, o que se deu posteriormente ao cabo de um longo processo histórico cujo relato infelizmente não se comporta no âmbito deste trabalho.

Mas não apenas nos Estados Unidos o exercício do *judicial review* cumpriu essa função de permitir a uma corte constitucional avançar sua centralidade na arena política, pois também em outros países cortes constitucionais se engajaram nesse mesmo tipo de ação estratégica para ampliar a sua competência e/ou estender seus poderes jurisdicionais. Assim, lograram alterar o seu lugar institucional e obtiveram um maior peso na arena política.

Fiquemos com três exemplos paradigmáticos do que viemos de afirmar. Na França, no julgamento da constitucionalidade de uma lei que restringia a liberdade de associação (Decisão nº 71-44 DC, de 16 de julho de 1971), o *Conseil Constitutionnel* ampliou sua competência apenas interpretando que o Preâmbulo da Constituição de 1958 (e, por extensão, o preâmbulo da Constituição de 1946 e a Declaração dos Direitos do Homem de 1789) fazia parte do texto constitucional e, portanto, deveria ser levado em conta nos julgados da Corte. Esse passo, dado por mera interpretação em exercício de *judicial review*, redefiniu o papel institucional do Conselho, que, antes conhecido como o *chien de garde* (cão de guarda) do Legislativo em favor de um Executivo pensado à imagem e semelhança de Charles de Gaulle, passou a trilhar o caminho que o levou a hoje ser considerado um relevante ator de veto no processo legislativo. Importante notar aqui o contexto político: essa decisão somente foi proferida após o falecimento do fundador da V República (ocorrido em novembro de 1970), sendo muito difícil, senão impossível, que o Conselho, composto majoritariamente por gaullistas, ousasse esse passo antes disso<sup>24</sup>. SWEET (2007, pp. 80-81) lembra que o reconhecimento ao *Conseil Constitutionnel* de poderes semelhantes ao modelo austro-germânico fora expressamente negado durante os debates legislativos que resultaram na Constituição de 1958, e que também fora negada a atribuição de jurisdição sobre uma carta de direitos como aquela que resulta do texto dos citados preâmbulos e da

---

<sup>24</sup> Credito essa atenta observação, e a menção posterior ao Professor Louis Favoreu, ao Professor Guillaume Tusseau, meu orientador no *Institut d'études politiques de Paris - Sciences Po*, onde estive como doutorando visitante.

declaração de 1789. Por conta disso, o autor considera esse passo “... *a juridical coup d'état*”, que, todavia, logrou êxito porque o *Conseil Constitutionnel* passou a servir de canal para a contestação política de minorias parlamentares. Por conta dessa dificuldade de o Legislativo agir eficazmente para limitar a Corte, e não existindo no Executivo uma figura da estatura de De Gaulle, o novo lugar institucional do Conselho se legitimou ao longo dos anos (para o que contribuiu também o explícito engajamento de importantes intelectuais da academia francesa, notadamente o Professor Louis Favoreu).

Na Alemanha, destaque para os casos ELFES (1957) e LUTH (1958), pelos quais a Corte Constitucional da Alemanha passou a entender os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, extensível inclusive às relações privadas, o que aumentou sobremaneira seu peso político na sociedade alemã. Também houve tensões mais recentes da Corte em relação à integração europeia (notadamente na afirmação do euro como moeda única), o que muitos viram como, na verdade, uma disputa de poder em relação aos tribunais da União Europeia.

Outro importante exemplo vem de uma corte constitucional cuja história de desenvolvimento institucional guarda várias semelhanças com o STF. No México, o julgamento do caso FOBRAPOA pela Suprema Corte de Justiça da Nação - SCJN - firmou definitivamente o novo lugar institucional ocupado pela Corte como um ator político relevante no sistema de separação de poderes.

O FOBRAPOA, uma espécie de PROER mexicano que visava garantir a solvência de bancos atingidos pela crise econômica de 1994, não foi suficiente para resgatar todos os compromissos financeiros dele resultantes e, assim, o Tesouro se dispôs a assumir os débitos das instituições financeiras quebradas. Como muitos créditos eram de origem e legalidade muito questionáveis, a oposição buscou informações sobre os mesmos para avaliar se o Parlamento poderia autorizar a operação. Nesse contexto, surgiram acusações de que, dentre essas operações que se visavam resgatar com recursos do Tesouro, haviam financiamentos ilegais ao PRI, partido do então Presidente Ernesto Zedillo, o que gerou um grande escândalo político. Quando a oposição recorreu à SCJN para ter acesso à documentação do FOBRAPOA, o qual fora negado pelo governo Zedillo, a Corte ganhou a oportunidade de, pela primeira vez em sua história, tomar uma medida substancialmente contrária aos interesses do PRI e, assim, firmar sua relevância institucional.

STATON (2010, pp. 66-67), que compartilha a perspectiva desse trabalho de que a agência de atores importantes possibilita a mudança institucional endógena, destaca dois dados importantes da decisão da SCJN, pela qual o Presidente Zedillo foi obrigado a entregar ao Parlamento as informações do FOBRAPOA: a) a decisão foi proferida apenas



após as eleições presidenciais, quando já era sabido que o PRI perdera pela primeira vez em décadas as eleições presidenciais e que, portanto, Zedillo e o partido teriam menor possibilidade de retaliar a SCJN; b) a Corte se engajou numa intensa promoção de relações públicas na imprensa, divulgando e promovendo com inúmeras entrevistas a importância de sua decisão, de modo a fortalecer e legitimar seu novo lugar institucional numa arena política que se anunciava agora pluripartidária e sujeita à alternância real no poder. O lugar institucional da SCJN foi redesenhado porque ela passou a ser vista como uma instituição independente e confiável, e não como era antes: um órgão visceralmente ligado ao PRI, muitas vezes utilizado como veículo para ascensão na burocracia interna do partido.

Na história das cortes constitucionais outros exemplos poderiam ser buscados para demonstrar como a mobilização estratégica do *judicial review* foi usada ao longo do tempo para estabelecer e fortalecer o seu lugar na arena política, mas pensamos haver demonstrado o nosso ponto.

## **2.4 A mudança institucional endógena e a ação de Ilhas e Continente para redefinir seu lugar institucional**

Retomando o tema da mudança institucional endógena, lembramos que MAHONEY e THELEN (2010, pp. 15-19), ao abordarem os diversos tipos de mudança institucional viáveis, tratam da *conversion* como uma dessas possibilidades. Ela ocorreria exatamente quando as regras permanecem formalmente as mesmas, mas a sua interpretação e implementação ocorrem de novas formas, a partir da ação de atores que exploram os espaços criados pelas ambiguidades que são inerentes a qualquer instituição.

MAHONEY e THELEN<sup>25</sup> (2010) mencionam ainda outras formas de mudança institucional, mas em relação à *conversion* estabelecem um quadro para tratar das maneiras pelas quais ela pode ocorrer, estruturado em duas questões chaves: a) o contexto político proporciona aos defensores do *status quo* um poder de veto forte ou fraco?; b) a instituição

---

<sup>25</sup> Os autores também se referem a outras formas de mudança institucional: a) *displacement*, que ocorre quando regras em vigência são substituídas por outras novas; b) *layering* acontece quando novas regras são sobrepostas a outras já existentes, modificando os meios pelos quais as regras originais estruturavam o comportamento esperado; e c) *drift*, caracterizada quando as regras permanecem formalmente as mesmas, mas há uma mudança em seu impacto como resultado de alterações em contexto externo às instituições. As mudanças por *displacement* tenderiam a ocorrer em contextos políticos em que há baixo potencial discricionário na interpretação e/ou implementação da legislação e, por outro lado, não existe uma forte possibilidade de exercício de poder de veto. O *layering* é mais esperado em contextos com baixo nível discricionário e forte poder de veto. Por fim, o *drift* é esperado em contextos com alto nível discricionário e atores com forte poder de veto.

em foco proporciona oportunidades para o exercício discricionário na interpretação ou execução de regras?

Se a resposta a essas duas questões levarem a um cenário em que a possibilidade de veto é fraca e ao reconhecimento de uma discricionariedade maior do ator na interpretação e/ou implementação, há maior probabilidade de mudança institucional por meio de *conversion*.

#### **2.4.1 A importância do contexto político para a mudança institucional endógena**

Vejamos então porque, como destacam MAHONEY e THELEN (2010, p. 29), o contexto político costuma ser importante para que essa atuação estratégica obtenha êxito. No caso do STF, ele está frequentemente associado à formação de coalizões conjunturais de interesses que diminuem a possibilidade de veto à mudança institucional endógena pretendida. Algumas decisões do STF que implicaram em redesenho de seu poder institucional encontraram suporte explícito ou implícito no Poder Executivo, que se absteve de usar seu capital político para agir como ator de veto nesses casos porque viu nelas meios de tirar proveito próprio, ou então porque achou que não teria seus interesses imediatos postos em risco. Todavia, uma vez que seja redesenhada a linha divisória que define uma dada competência (jurisdicional e, por extensão, política) em favor do Supremo Tribunal Federal, ou uma vez reconhecido um determinado poder jurisdicional da Corte (para decidir de tal ou qual maneira, e em qual extensão), aquela nova fronteira dificilmente retrocederá, senão por meio de conflito institucional aberto entre os Poderes, e com o STF jogando com a vantagem estratégica de ter a última palavra em matéria de dizer o que é ou não constitucional. E não apenas isso: como a legitimidade daquela competência e/ou poder jurisdicional já fora implicitamente (ou mesmo explicitamente) reconhecida pelo Executivo (ou outro ator político relevante como o Legislativo) em momento anterior, seria politicamente custoso questionar algo com o qual se assentira anteriormente.

O exame de um exemplo paradigmático talvez possa iluminar a linha de pensamento ora desenvolvida. Ele diz respeito à mudança de tratamento, pelo STF, acerca do instituto do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988<sup>26</sup>.

Embora a origem desse instituto seja controversa, o que importa, para os fins dessa tese, é fixar a ideia de que a grande polêmica inicial acerca dele era sobre quais seriam os

---

<sup>26</sup> Eis a redação da norma:

"Art. 5. LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

seus efeitos práticos em caso de deferimento do mandado: ele deveria ser entendido como uma espécie de notificação ao Congresso Nacional acerca de sua omissão em legislar sobre um determinado tema, que estaria a prejudicar a fruição de direitos, ou, pelo contrário, poderia a Corte criar uma norma para o caso concreto de maneira a permitir a fruição de um direito até que o Parlamento exercesse sua competência legislativa?

A posição que prevaleceu inicialmente no STF em 1989, muito em função da liderança pessoal e intelectual do Ministro Moreira Alves<sup>27</sup>, era a de que o instituto não poderia produzir efeitos concretos porque a Corte estaria a exercer indevidamente uma competência tipicamente legislativa; essa posição era claramente deferente ao Poder Legislativo e privilegiava um desenho institucional pelo qual o papel do Poder Judiciário seria menos central na definição de políticas públicas.

Na medida em que o Legislativo continuou a repetidamente ignorar as decisões do STF em mandado de injunção, a Corte, no julgamento do MI n. 283/DF em 1991, começou timidamente a alterar sua posição inicial como forma de reagir porque uma Corte Constitucional, mesmo que seja deferente aos demais Poderes, precisa também defender sua autoridade em matéria constitucional, sob pena de perder qualquer relevância político-institucional<sup>28</sup>. Ela passou então a assinalar um prazo para a edição da lei, assegurando ao prejudicado a fruição do direito caso não fosse observada sua decisão pelo parlamento; o efeito da decisão, porém, restringia-se ao jurisdicionado que lograra obter aquela decisão favorável.

A grande modificação no instituto do mandado de injunção somente aconteceu em 2007, quando era outra a composição da Corte e já se encontrava aposentado o Ministro Moreira Alves. Seus artífices foram os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, notadamente o primeiro<sup>29</sup>.

No contexto político em que houve a mudança, o governo Lula, então em seu segundo mandato, convivia com um grande número de greves no serviço público, encerradas

---

<sup>27</sup> O Ministro Moreira Alves foi o relator do mandado de injunção n. 107/DF, *leading case* pelo qual o STF firmou sua orientação inicial sobre a aplicação prática do instituto.

<sup>28</sup> A conclusão é do autor da tese, mas a leitura das notas taquigráficas da sessão de julgamento corrobora a ideia de que a reiterada inobservância, pelo Congresso Nacional, das decisões, ainda que deferentes, proferidas pelo STF em mandado de injunção, estavam na raiz dessa mudança tímida de orientação jurisprudencial.

<sup>29</sup> Com relação ao Ministro Gilmar Mendes, aliás, convém registrar que o MI 670 não era originalmente de sua relatoria, mas sim do Ministro Maurício Corrêa (aposentado à época do julgamento final). O voto original do Ministro Maurício Corrêa era pela manutenção do entendimento tradicional do STF sobre o instituto, apenas notificando o Legislativo acerca de sua omissão. Todavia, como o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos na sessão original de julgamento e com eles permaneceu por mais de 04 anos (entre 15/03/2003 e 25/10/2007), o tema acabou voltando à pauta quando era outra a composição do plenário e outro o contexto político.

ou não. O STF colocou então em pauta de julgamento 3 mandados de injunção<sup>30</sup>, os quais haviam sido impetrados por diferentes sindicatos e tinham por objeto justamente a regulamentação do direito de greve no serviço público. Esse direito era previsto pelo art. 37, VII, da Constituição Federal de 1988<sup>31</sup>, mas jamais fora regulamentado pelo Congresso Nacional. Como consequência, sendo a greve não apenas um direito constitucional, mas também um fato político, ela era exercida pelos servidores públicos com um grau de liberdade que incomodava o Executivo porque lhe era politicamente custoso impor sanções mais duras aos grevistas, ainda mais para um governo com fortes conexões com o movimento sindical. O Legislativo, por sua vez, sempre muito sensível à pressão de influentes corporações de servidores públicos, também tinha dificuldades de legislar sobre o tema.

O STF abandonou então a sua postura deferente e assumiu uma opção ousada, aplicando ao setor público a legislação sobre greve que regulamenta as atividades de natureza privada, mas não apenas para assegurar o direito aos servidores filiados àqueles específicos sindicatos impetrantes. A Corte, de fato, foi além: determinou que a aplicação da legislação sobre o direito de greve do setor privado deveria ser estendida para toda e qualquer greve no serviço público a partir daquele momento e até que o Parlamento resolvesse deliberar sobre o tema, praticando ato com nítida natureza legislativa.

É importante destacar que, embora os mandados de injunção tenham sido originalmente impetrados por sindicatos, naquela época não era de interesse das entidades sindicais o julgamento da matéria, porque as condições políticas para o exercício mais desembaraçado do direito de greve lhes eram favoráveis. Tanto é que a Folha de São Paulo<sup>32</sup> do dia 26 de outubro de 2007 repercutia a decisão do STF, noticiando que fora recebida com unânime desagrado pelas centrais sindicais e com satisfação pelo governo. Um indicador sugestivo do posicionamento de interesses naquele contexto foi a declaração do Ministro Eros Grau, relatada pelo jornal: "A virtude dessa decisão é que agora toda e qualquer paralisação de atividade no serviço público está sujeita a um limite".

Esse exemplo é didático porque ilustra a conveniência de que haja um contexto político favorável para que atores estratégicos avancem suas agendas pessoais e promovam a mudança institucional endógena. Como esses agentes não atuam num vácuo, alianças costumam ser importantes para que a mudança institucional ocorra, senão pela concorrência explícita de esforços, ao menos pela neutralização de um ator com potencial poder de

---

<sup>30</sup> Eram o MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes; MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, todos julgados em 25.10.2007.

<sup>31</sup> Eis a redação da norma:

"Art. 37. VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica".

<sup>32</sup> Segue o link: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2610200702.htm>

veto, em acordos que não se dariam de forma automática em outros contextos. No caso citado, ao se aproveitar de uma conjuntura política favorável, o STF passou a dispor de uma competência (que se traduz em poder) que não tinha antes (ou que não reconhecia possuir, o que igualmente lhe constrangia do ponto de vista de liberdade de ação), passando a proferir decisões que, na prática, significam exercício de atividade legiferante. O custo político desse movimento foi bastante diminuído pela confluência ocasional de interesses que o caso oferecia, mas, no longo prazo, o ganho institucional para um dos atores foi muito maior.

O STF possivelmente teria enfrentado uma oposição mais dura do Executivo caso houvesse alterado sua orientação sobre mandado de injunção em outro processo que posteriormente apreciou, envolvendo a criação de despesas com o funcionalismo público<sup>33</sup>, ou de setores do Legislativo caso sinalizasse a possibilidade dessa mudança de orientação em mandado de injunção impetrado para a defesa dos direitos da comunidade LGBT<sup>34</sup>.

Em uma conjuntura adversa, também a mídia seria mais crítica e possivelmente destacaria com mais ênfase o significado da mudança institucional produzida a partir da nova orientação jurisprudencial da Corte, em especial se ela implicasse aumento de despesas públicas. Como essas outras decisões vieram num contexto em que já fora assimilado esse novo lugar institucional da Corte, a necessidade de alianças pontuais era menor.

O que queremos frisar, portanto, é que não nos parece aleatório que essa mudança institucional ocorresse num contexto político em que a Corte sofreu menos resistências para redefinir sua atuação institucional. Tampouco soa como mera coincidência que a Corte tenha pautado de uma só vez 3 mandados de injunção sobre o tema naqueles dias. Também merece destaque o fato de que o mais antigo dos processos (o MI 670) tenha permanecido por anos suspenso em razão de pedido de vistas do Ministro Gilmar Mendes, e somente ter voltado à pauta em condições que favoreciam a tese que ele pretendia adotar, em típico exercício estratégico de um recurso institucional que lhe era disponível.

---

<sup>33</sup> Em 2009, o STF julgou o MI 795, Relatora Ministra Carmen Lúcia. Esse mandado de injunção tinha por objetivo o reconhecimento do direito de servidores públicos à aposentadoria por trabalharem em condições especiais (como condições insalubres ou de periculosidade). A Corte, a partir desse julgado, editou a Súmula Vinculante 33 e determinou que, até a edição de nova legislação, fosse aplicado aos servidores públicos o regramento do setor privado (que se encontra previsto no art. 57 da Lei 8.913/91 - lei de benefícios da previdência social).

<sup>34</sup> O MI 4733 encontra-se em tramitação no STF, e tem por finalidade, em linhas gerais, "obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia". Seu relator inicial foi o Ministro Ricardo Lewandowski, que não o acolheu por razões procedimentais, mas quando foi redistribuído ao Ministro Edson Fachin (em razão da posse de Lewandowski na Presidência da Corte) a decisão monocrática inicial foi revertida pelo novo relator. Esse processo é interessante porque diz respeito à edição de norma penal, que constitucionalmente é submetida à reserva de lei (argumento inclusive usado pelo primeiro relator para não dar andamento ao pedido), de modo que poderá se caracterizar uma típica mudança institucional endógena (de graves consequências) caso o STF eventualmente decida regulamentar a matéria objeto deste mandado de injunção.

Portanto, um caminho eficaz (mas não o único) para que uma corte constitucional expanda endogenamente seus poderes é o reconhecimento de uma vitória pontual em favor de um potencial ator de veto (notadamente o Executivo), mas com a concomitante afirmação de uma competência que altera o lugar institucional da corte na arena política. Não se trata de uma exclusividade ou uma invenção brasileira, até porque essa estratégia compõe a gênese do próprio *judicial review* (como explicamos sobre o caso *Marbury vs Madison*). Mas não há dúvida de que no Brasil ela também tem sido utilizada.

## **2.5 O necessário diálogo entre a Ciência Política e o Direito como instrumento analítico para o estudo da mudança institucional endógena**

Esperando haver demonstrado como o contexto político pode colaborar para que Continente e Ilhas promovam a mudança institucional endógena via *conversion*, passaremos agora a discorrer sobre a segunda condição dada por MAHONEY e THELEN (2010) para a ocorrência do fenômeno, qual seja, saber se a instituição proporciona oportunidades para o exercício discricionário na interpretação ou execução de regras.

A resposta a esta indagação passa, como vimos de defender no primeiro capítulo, pelo estabelecimento de um diálogo mais profícuo entre a Ciência Política e o Direito. Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que interferiram profundamente no desenho institucional brasileiro (por exemplo, a perda do mandato por infidelidade partidária) não podem ser adequadamente analisadas no campo da *judicial politics* sem que busquemos no Direito as peças que faltam para preencher o *puzzle* sobre como a Corte conseguiu avançar estrategicamente a sua competência decisória.

Afinal, mesmo adeptos destacados do modelo estratégico como EPSTEIN e KNIGHT (2013, p. 25) atualmente reconhecem que o Direito realmente interfere no processo decisório dos juízes, constringendo a imposição de suas preferências. De outro lado, vimos que a mudança institucional endógena tende a ocorrer em instituições que permitem uma maior liberdade na interpretação das regras. Parece intuitivo então que as análises em *judicial politics* brasileira se beneficiariam do entendimento sobre como o STF pratica a hermenêutica constitucional. Interessa saber se o marco teórico que sustenta a jurisprudência produzida pela maioria dos membros da Corte lhes confere maior ou menor liberdade de interpretação do texto constitucional, porque esse dado interfere na sua habilidade de avançar o papel de Ilhas e Continente na arena política.

Neste aspecto, convém assinalar o papel de destaque que um modo de entender a jurisdição constitucional tem conseguido lograr na academia e no Judiciário, pois ele é importante para subsidiar o estudo do STF na Ciência Política: trata-se do neoconstitucionalismo.

### **2.5.1 O judicial review neoconstitucionalista como recurso estratégico para a mudança institucional endógena**

Mas, afinal, o que é o neoconstitucionalismo? Não existe, na verdade, um consenso sobre o que é o neoconstitucionalismo. Até porque não existe apenas um único neoconstitucionalismo, entendido como um movimento que tenha os mesmos pressupostos filosóficos e um modo de compreender a Constituição e de interpretá-la que seja dado como consensual entre seus adeptos.

Segundo BARBERIS (2015, p. 102), o termo foi cunhado (com sentido crítico, anote-se) pela jurista italiana Susanna Pozzolo, se popularizou (agora com uma pretensão de conotação positiva) após uma coletânea publicada por CARBONELL (2003), mas, para BARROSO (2007, p. 02), tem raízes históricas na grande expansão vivida pelo constitucionalismo após a 2ª Guerra Mundial, que teria deitado as bases para um crescente processo de constitucionalização do Direito.

Ganhou fôlego nessa época a ideia de constituições analíticas, as quais não apenas se limitassem a estabelecer as instituições essenciais do Estado e o esquema de poder (*checks and balances*), assim como dos direitos e garantias de primeira geração (direitos e garantias individuais), mas que também assegurassem direitos de segunda geração (direitos sociais) e de terceira geração (direitos difusos, como o direito a um meio ambiente saudável). As Constituições passaram a integrar direitos de alta carga valorativa e de relativa indeterminação semântica, calcados muitas vezes em princípios que teriam um papel superior na tarefa de coordenar a interpretação da Carta Constitucional.

Teorias relevantes que trabalhavam com a temática da argumentação jurídica foram desenvolvidas para dar conta do desafio hermenêutico imposto pela superação de um modelo formalista e legalista do Direito, tendo ganhado destaque, no Brasil, especialmente o trabalho de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

E o neoconstitucionalismo se inscreveu justamente nessa mesma vertente que busca entender a Constituição não mais como uma carta constitutiva dos elementos básicos do Estado, mas sim como um texto fundante que irradia sua força normativa por todo o sistema jurídico.

Para os propósitos de nossa tese, contudo, o que interessa destacar é que tanto essas teorias de argumentação jurídica mais sofisticadas<sup>35</sup>, quanto o neoconstitucionalismo brasileiro, depositam grande parte de suas esperanças no papel dos juízes, vistos como os instrumentos da efetiva implementação da Constituição; o Judiciário seria o “guardião das promessas” feitas pelo texto constitucional, na apropriada alegoria criada por GARAPON (1999).

Os neoconstitucionalistas, naquilo que se pode entender como o seu núcleo comum de pensamento, passaram a defender uma leitura menos rígida do princípio da separação dos poderes como decorrência do papel de proeminência que destinavam ao Poder Judiciário, uma maior valoração dos princípios em relação às normas na hermenêutica constitucional, a utilização intensiva de técnicas de interpretação menos formais (em especial aquelas relacionadas com a ponderação de valores constitucionais e dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade como *ratio decidendi*), e acabaram por reaproximar as fronteiras entre a Moral e o Direito.

COELHO (2006, pp. 66-67) sintetiza com crua objetividade o que seriam os pressupostos do neoconstitucionalismo: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação”.

BARROSO (2007, p.11), um dos mais expressivos representantes da corrente no Brasil, e que depois viria a se tornar Ministro do Supremo Tribunal Federal, defende expressamente o uso de técnicas diversas de interpretação, em assumido “sincretismo metodológico”, porque as “... categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional”. O juiz passaria a também participar do processo de criação do Direito, “... completando o trabalho do legislador”. As colisões de normas constitucionais seriam um fenômeno “inevitável” no constitucionalismo e caberia ao juiz fazer a “ponderação” entre esses valores, para a qual seria chave o princípio da razoabilidade.

SARMENTO<sup>36</sup> (2011, p. 84), concorda que “... o grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz”. O autor também relembra um fato importante para se entender o impacto do neoconstitucionalismo no direito brasileiro e, em especial, na prática

---

<sup>35</sup> Importante anotar que BARBERIS (2006, pp. 20-21), importante crítico europeu do neoconstitucionalismo, qualifica Dworkin e Alexy como neoconstitucionalistas, mas como nessa tese o foco é especificamente o neoconstitucionalismo como praticado no Brasil, não utilizaremos essa denominação para aqueles autores.

<sup>36</sup> Embora Sarmento tenha anteriormente se assumido como neoconstitucionalista, é importante destacar que seus trabalhos mais recentes adotaram tom mais crítico em relação a alguns pontos-chaves do neoconstitucionalismo, notadamente o papel do Judiciário e a possibilidade de que um aumento indevido da margem de liberdade do magistrado na interpretação constitucional permita arbítrios em nome da Constituição.



hermenêutica do STF: quando da promulgação da Constituição de 1988, a cultura jurídica da época não entendia a Constituição como norma jurídica que pudesse ser aplicada diretamente pelos juízes, de cujas normas se extraíssem imediata aplicabilidade. As “promessas constitucionais” deveriam ser, via de regra, regulamentadas pelo legislador ordinário para passar a ter caráter cogente. A pregação em favor da constitucionalização do direito infraconstitucional, que é central no projeto neoconstitucionalista, é que permitiu que se tornasse senso comum a ideia de que a Constituição contém uma normatividade própria que prescinde de outro texto legal para produzir efeitos. E o grande beneficiário dessa virada hermenêutica foi o Poder Judiciário.

Prendemos deixar claro que não nos interessa, para os fins deste trabalho, uma disputa sobre se a prática hermenêutica do STF obedece aos cânones dos defensores do neoconstitucionalismo na academia. Importa menos saber se o neoconstitucionalismo está sendo adequadamente aplicado, e mais reconhecer a existência de uma “retórica neoconstitucionalista” nas decisões das Ilhas.

Como veremos no capítulo 5, mesmo Ministros que não se reconhecem como neoconstitucionalistas podem se utilizar desta “retórica neoconstitucionalista” de modo estratégico e pontual, citando trechos de votos de outros colegas em que ela está presente. Não dispomos de dados definitivos para explicar este achado, mas trabalhamos fundamentalmente com duas hipóteses, isoladas ou combinadas: a) o Ministro busca se adequar a esta cultura da Corte e aumentar a chance de vitória no colegiado; b) o Ministro busca legitimar sua decisão, uma vez que o neoconstitucionalismo trabalha com elementos discursivos de fácil assimilação pela opinião pública.

De todo modo, esse achado é ilustrativo do porque preferimos trabalhar com a ideia de uma “retórica neoconstitucionalista”, ao invés de nos perdermos em debates normativos que pouco acrescentariam para a nossa tese.

Com esse breve resumo, centrado naquilo que mais diretamente possa interessar à Ciência Política, pretendeu-se compor o pano de fundo desse diálogo que ora se busca implementar com o Direito. E esse pano de fundo nos põe diante de uma questão importante: a necessidade de se pensar criticamente se essa “retórica neoconstitucionalista” tem servido como recurso legitimador para que Ilhas e Continente ampliem os limites constitucionais inicialmente estabelecidos para a sua ação política, sob o singelo argumento de que estão apenas privilegiando uma hermenêutica constitucional que retira da Constituição o seu “potencial normativo”, buscando transformar em realidade as promessas e compromissos assumidos pelo constituinte originário de 1988.

De fato, os postulados mais caros ao neoconstitucionalismo têm como efeito direto aumentar a capacidade do Poder Judiciário influir na arena política. A ideia de que a Constituição detém uma força normativa que “constitucionalizaria” todo o direito infraconstitucional (leis e atos normativos da Administração Pública) mina a capacidade institucional dos Poderes Legislativo e Executivo de fazer valer suas preferências em termos de políticas públicas e convida à mudança institucional endógena, via *conversion*, pela agência dos Ministros da Corte. Do mesmo modo, a ênfase em uma interpretação constitucional menos formalista e amparada em um catálogo de métodos fortemente escorado em critérios de ponderação de valores constitucionais, de análise da “razoabilidade” ou da “proporcionalidade” das matérias postas sob apreciação, confere um grau tal de liberdade decisória aos Ministros do Supremo Tribunal Federal que, em face do caráter extremamente analítico do texto constitucional vigente, lhes permite julgar com considerável margem discricionária virtualmente quaisquer políticas públicas (por vezes, mediante claro exercício de atividade regulatória) e, mais grave, alterar o desenho institucional brasileiro<sup>37</sup>; tudo isso, registre-se, com o discurso legitimador de que a Corte está apenas a aplicar a Constituição para, via exercício do *judicial review*, retirar daquele texto o seu verdadeiro significado.

Não se trata de uma visão isolada. MENDES (2008, p. 160), crítico da jurisdição constitucional, retrata o instituto do *judicial review* com palavras duras, mas nos parece que o foco principal de sua crítica está no modo como ele é praticado no Brasil:

“O constitucionalismo, conforme alguns, afastaria a “perigosa, instável, imprevisível e emocional” supremacia do Parlamento e impor a supremacia da Constituição. Essa é uma preposição sofisticada e fraudulenta. Não há luta entre a Constituição e legislador, entre substância e procedimento, entre lógica constitucional e lógica majoritária, mas entre Corte e legislador. Instituições disputam a supremacia. Por meio da revisão judicial, a Corte a conquista.” (grifos nossos)

O fato é que a hermenêutica constitucional praticada pelo STF tem sido alvo de críticas fortes até mesmo de autores que se enquadravam inicialmente no largo espectro de concepções jusfilosóficas que se convencionou denominar neoconstitucionalismo. SARMENTO (2011, p. 105) é um eloquente exemplo, ao reconhecer que “... a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista”, para em seguida ressaltar que “... a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões.”

---

<sup>37</sup> O exame sobre a influência do STF no desenho institucional brasileiro será retomado adiante, mas desde logo adiantamos que são exemplos claros os julgamentos do MS 26.603/DF (pelo qual foi criada hipótese não prevista na Constituição para perda do mandato parlamentar) e da ADPF 402-DF (pela qual foi criada hipótese não prevista na Constituição, restritiva do exercício de prerrogativas inerentes ao cargo de Presidente da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal).

O autor exemplifica ainda com dois "clássicos" da prática jurisdicional brasileira, a começar do STF, mas também extensíveis aos demais níveis da magistratura:

"Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juizes substituam livremente as valorações de outras agentes públicos pelas suas próprias."

Outros autores fazem críticas importantes que pensamos interessar à ciência política brasileira, ao revelarem o grau de discricionariedade do STF em sua prática jurisdicional. NEVES (2013, pp. 194-196) critica o uso excessivo de técnicas de ponderação de valores constitucionais, a qual "pode estar associada, em certos contextos, à corrupção política do judiciário." O autor acrescenta, com alguma ironia, que essa a "ponderação sem limites" que assola o judiciário

"... tem efeitos devastadores para a relação de autonomia e condicionamento recíproco entre política e direito no Estado constitucional. Ela leva, ao mesmo tempo, a uma judicialização da política e a uma politização do direito. (...) Decisões judiciais são tomadas primariamente com base na distinção "governo/oposição" ou em critérios políticos, sobretudo em matéria constitucional. No contexto brasileiro, isso se relaciona frequentemente com conexões particularistas e difusas de membros do judiciário com os agentes políticos. (...) Em síntese: a invocação retórica dos princípios como nova panacéia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização de princípios ou na forma da compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição" (grifos nossos)

Em linha parecida caminha GALVÃO (2014, pp. 117 e 125), para quem:

"De qualquer forma, o que parece ser importante para o presente exame é que a ponderação valorizada pelos neoconstitucionalistas, seja ela na versão alemã ou na americana, ao reduzir direitos a valores e interesses, afrouxa o dever dos juizes de decidirem de acordo com as normas jurídicas vigentes, abrindo espaço para a discricionariedade e o arbítrio. A ponderação, portanto, distorce o argumento jurídico, possibilitando a manipulação dos compromissos institucionais assumidos por meio da relativização dos direitos das partes".

Por sua vez, ÁVILA (2009, pp. 10-11) critica a prática de

"... saltar ao plano constitucional mesmo nos casos em que há regras infraconstitucionais não inequivocamente contrárias à Constituição, quer sob a alegação de que elas, embora compatíveis com a liberdade de configuração do Poder Legislativo, não representam o melhor meio de 'otimizar' princípios constitucionais, quer, ainda, sob o argumento de que toda regra infraconstitucional deve ser sustentada pela ponderação entre princípios constitucionais colidentes." (grifos nossos)

## 2.5.2 O neoconstitucionalismo no Supremo Tribunal Federal

O neoconstitucionalismo, convém registrar, não é tema alheio ao Supremo Tribunal Federal. Na verdade, grande parte dos Ministros que passaram pela Corte nos últimos 15 anos (ou seja, desde as primeiras indicações do Presidente Lula), sendo ou não assumidamente neoconstitucionalistas, acabaram em algum momento adotando práticas decisórias que remetem a essa maneira de interpretar a Constituição, talvez porque não tenha passado despercebido a esses magistrados que assim podiam dispor de um espaço hermenêutico maior para justificar suas preferências pessoais, para obter maioria no colegiado e para se justificarem perante a opinião pública (em função das suas características argumentativas muito vinculadas a uma linguagem moral).

Ministros como Luis Fux<sup>38</sup> e Celso de Mello<sup>39</sup> o mencionaram, por mais de uma vez, como marco teórico que ampara sua prática jurisdicional. O Ministro Ayres Britto<sup>40</sup>, embora estranhamente já tenha negado ser neoconstitucionalista, sustentou em seu período na Corte uma clara retórica neoconstitucionalista, com frequente alusão a princípios constitucionais de baixa densidade normativa, como o da dignidade da pessoa humana, para fundamentar decisões em assuntos os mais diversos possíveis. O Ministro Luis Roberto Barroso era uma das principais vozes do neoconstitucionalismo na academia, e no STF tem mantido uma postura coerente com suas convicções anteriores.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, embora também negue adotar uma perspectiva neoconstitucionalista, endossou e disseminou na Corte um aporte teórico baseado no

---

<sup>38</sup> Trecho de voto do Ministro Fux na ADIN 1923/DF, Relator Min. Ayres Britto: "No cenário do neoconstitucionalismo, portanto, o exercício da discricionariedade não escapa do respeito aos princípios constitucionais, e isso, veja-se bem, mesmo quando a lei seja omissa, já que a legislação infraconstitucional não pode resparar, conter ou de qualquer forma mitigar a eficácia irradiante das normas constitucionais"

<sup>39</sup> Trecho de voto do Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário 477554/MG, do qual ele próprio foi o relator: "**A força normativa** de que se acham impregnados os princípios constitucionais **e a intervenção decisiva** representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional **exprimem** aspectos *de alto relevo que delineiam* alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que **confere** suporte teórico ao *neoconstitucionalismo*, **em ordem a permitir**, numa perspectiva de implementação concretizadora, **a plena realização**, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição." (grifos do autor)

<sup>40</sup> No julgamento da ADI 3128, que tratava da cobrança de contribuição previdenciária para servidores inativos, se discutia a possibilidade de se reformar cláusulas pétreas das constituições, o que, segundo Ayres Britto, seria defendido por neoconstitucionalistas europeus. Disse então o Ministro, em seguida, que "não era adepto do neoconstitucionalismo" e que preferia a distinção original de Emmanuel Siéyes entre o poder constituinte e o poder reformador. Ao que parece, talvez, essa restrição do Ministro Ayres Britto tenha sido feita no contexto de discussão de direito adquirido em face da constituição, um tema específico do constitucionalismo. No mais, reiteramos que a prática jurisdicional do Ministro Ayres Britto era marcada por uma retórica típica do neoconstitucionalismo.

uso intensivo de princípios e de ponderação com base em critérios de razoabilidade e proporcionalidade<sup>41</sup>. Convém ainda anotar, a propósito, que grande parte desse "arsenal hermenêutico" neoconstitucionalista bebe nas fontes do direito alemão, com o qual o Ministro Gilmar Mendes mantém laços acadêmicos desde o seu doutorado.

O Ministro AT03, indagado sobre a importância que o neoconstitucionalismo teria para o atual peso político do STF, assim respondeu:

**“- Que papel o neoconstitucionalismo jogou então nessa alteração da centralidade do Supremo?”**

- Eu acho que ele ofereceu a base teórica de um novo direito constitucional. (...). Então, o que o neoconstitucionalismo é no Brasil? Em primeiro lugar é uma coisa descritiva de uma realidade. Uma constituição analítica, com um longo capítulo de direitos fundamentais, uma ascensão do Poder Judiciário e uma Suprema Corte mais disposta a concretizar as normas constitucionais, inclusive os direitos fundamentais. Este que é o novo direito constitucional.”

O que pretendemos enfatizar, enfim, é que menções à "ponderação" de valores constitucionais, assim como o recurso aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como balizas para a tomada de uma determinada decisão judicial, parecem haver se ajustado à cultura jurídica da Corte ao longo do tempo, criando uma "retórica neoconstitucionalista" que parece ter papel de destaque nos momentos em que a Corte promove mudança institucional endógena.

### **2.5.3 O *judicial review* brasileiro como expressão de uma patologia institucional**

Naquilo que interesse a esse trabalho, portanto, as anotações críticas de importantes constitucionalistas enfatizam algo que buscamos destacar como um pressuposto teórico a ser levado em conta nas análises do STF pela Ciência Política brasileira: a prática do *judicial review* em nosso país tem sérios problemas de consistência metodológica e deve ser entendida como contendo elementos importantes de uma ação política que orienta a Corte para um lugar cada vez mais central no cenário institucional brasileiro. Se parece intuitivo que o *judicial review* seja naturalmente o mais importante mecanismo pelo qual qualquer

---

<sup>41</sup> Convém lembrar que doutrinadores como Dworkin e Alexy, frequentemente citados pelo Ministro Gilmar Mendes, são também importante referência teórica para os neoconstitucionalistas, sendo inclusive referidos por BARBERIS (2006) como neoconstitucionalistas. Ademais, embora o magistrado busque localizar o seu referencial teórico na prática da corte constitucional alemã e no direito constitucional daquele país, o fato é que o uso constante de ponderação de valores constitucionais e de critérios de razoabilidade aproxima em alguns momentos a sua prática jurisdicional àquela própria dos juízes neoconstitucionalistas.

corte constitucional exerce e disputa o seu poder na arena política, o que distingue o caso brasileiro é a amplitude e a intensidade no uso do instrumento, que nos últimos anos começam a ganhar ares de patologia institucional.

Patologia institucional pode soar como um termo forte, mas o espaço que o *judicial review à brasileira* permitiu ao Supremo Tribunal Federal ocupar na arena política brasileira não parece encontrar paralelo em outros países, especialmente aqueles com maior tradição constitucional.

No ponto, importante trazer um exemplo colhido por VIEIRA<sup>42</sup> (2008, p. 455): coube ao STF apreciar o MS 26.603/DF, impetrado em razão da Presidência da Câmara dos Deputados não haver acatado decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE, a qual estabelecia a regra da fidelidade partidária e, portanto, o direito dos partidos e coligações partidárias reaverem os mandatos obtidos no processo eleitoral de parlamentares que houvessem deixado os partidos de origem. Ocorre que esta hipótese de perda de mandato eletivo não estava prevista expressamente no art. 55 da Constituição<sup>43</sup>, o qual era entendido normalmente pela doutrina constitucional majoritária como *numerus clausus*<sup>44</sup>. E ostentaria essa qualidade também em atenção a um passado recente de cassação arbitrária de mandatos eletivos pela ditadura militar, de modo que se tratava de uma questão política e institucionalmente sensível para o Legislativo.

Todavia, Vieira anota que o Ministro Celso de Mello, ainda que tenha reconhecido essa natureza de *numerus clausus* da regra constitucional, espantosamente recorreu aos escritos do jurista Francisco Campos para afastar esse óbice, afirmando que “A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la [...]. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”.

Em saborosa passagem de sua série de livros sobre a ditadura militar, GASPARI (2002, pp. 123-124) narra como Francisco Campos, comparecendo ao QG do golpe de

---

<sup>42</sup> Parece importante salientar, porém, que outros exemplos poderiam ter sido colhidos, inclusive decisões proferidas no curso de nossa atual crise política, como o afastamento do deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ) da Presidência da Câmara dos Deputados e a suspensão do exercício do seu mandato parlamentar (Ação Cautelar 4.070/DF), ou a decisão pela qual proibiu-se que parlamentares que se tornem réus em processos criminais ocupem, ainda que interinamente, a Presidência da República (ADPF 402/DF).

<sup>43</sup> Eis a redação da norma, naquilo que interessa a este trabalho: " Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado."

<sup>44</sup> Do ponto de vista jurídico, a expressão *numerus clausus* significa que as hipóteses previstas não podem ser aumentadas ou diminuídas por outros meios, inclusive interpretação, sendo rigidamente estabelecidas em lei. Elas seriam, portanto, taxativas, e não meramente exemplificativas.

estado militar nos confusos momentos que se seguiram à derrubada do governo João Goulart, colaborou para dar a justificação teórica para a quebra da normalidade institucional (Campos argumentou aos militares que se tratava de uma “revolução” e, portanto, da instauração de uma nova ordem constitucional legítima) e participou ativamente da redação do primeiro Ato Institucional da ditadura que se iniciava. Dentre outras competências estabelecidas pelo Ato Institucional n. 1, uma delas era justamente a possibilidade de suspensão de direitos políticos e de cassação de mandatos eletivos. Não bastasse isso, Francisco Campos também foi o responsável direto por escrever o texto da Constituição de 1937, pela qual Getúlio Vargas institucionalizou a ditadura do Estado Novo. O Ministro Celso de Mello, portanto, não poderia ter sido mais certo em sua pretensão de justificar o redesenho de prerrogativas parlamentares sem emenda constitucional: nenhuma outra citação poderia conter tanto simbolismo, sob uma perspectiva histórica, do que a do jurista Francisco Campos.

Esse trabalho, reitera-se, não visa a fazer uma análise normativa, pela ótica do direito constitucional, da atuação do STF. Todavia, a Ciência Política brasileira não pode ficar alheia ao fato de que o Supremo Tribunal Federal explicitamente se atribuiu o poder constituinte derivado de reforma do texto constitucional, e por esse meio alterou o arcabouço institucional brasileiro. Tampouco pode deixar de notar que essa competência autoatribuída interfere na correlação de forças entre os Poderes, especialmente entre o Legislativo e o Judiciário.

Episódio muito semelhante se deu recentemente, no âmbito da Ação Penal 937, proposta contra um ex-Deputado Federal por suposto cometimento de crime de corrupção eleitoral (compra de votos). Por meio de um recurso institucional chamado Questão de Ordem, destinado a discutir questões que antecedem o exame do processo e podem impactar seu julgamento, o Ministro Luis Roberto Barroso propôs uma releitura do texto constitucional sobre o foro por prerrogativa de função que restringiu sobremaneira sua amplitude em relação a parlamentares, afetando uma importante prerrogativa parlamentar<sup>45</sup>. Sem pretender travar um debate normativo sobre o mérito da decisão, não há como negar duas coisas que interessam para nossa pesquisa: a) houve inegável uso de uma retórica neoconstitucionalista, fortemente calcada em uma leitura moral de princípios constitucionais e com argumentos pragmáticos, consequencialistas, a sustentá-la; b) a Corte incluiu uma série de condicionantes para a manutenção do foro por prerrogativa de função, condicionantes estes

---

<sup>45</sup> Aliás, é importante anotar que a extensão deste entendimento a membros do Judiciário não foi aceita inicialmente pelo Plenário, apesar de proposta pelo Ministro Dias Toffoli.

que mais se parecem com exercício de atividade legislativa do que com o resultado da interpretação do texto conciso e objetivo do artigo 102, I, “b”, da Constituição de 1988<sup>46</sup>.

É difícil, pois, não entender essa decisão como exercício de poder constituinte derivado. Tudo isso sob o título singelo de apenas praticar o *judicial review*, e utilizando-se, dentre outros recursos, do discurso legitimador de uma retórica neoconstitucionalista que veio se sedimentando de modo contínuo desde a Constituição de 1988.

SUNDFELD e PINTO (2012, pp. 40-42), elaborando uma crítica ao processo decisório da Corte pela ótica do Direito Constitucional, nos fornecem um importante subsídio para o que vimos de afirmar, ao anotar que é um “mito” a alegação de que “... o STF não exerce função regulatória”.

Os autores destacam, com perspicácia, que:

“Essa forma de atuação do STF é difícil de ser percebida imediatamente, especialmente em razão de uma forte tendência de seus ministros de afirmarem que suas decisões são conseqüências necessárias e imediatas da Constituição. A maneira pela qual argumentam induz os leitores dos seus votos a acreditarem que estão diante de uma revelação do sentido da Constituição, previamente definido pelo legislador constituinte. Ao STF apenas caberia descobrir a norma aplicável, já contida nas entrelinhas do texto constitucional, para decidir a demanda. Trata-se de característica argumentativa que esconde o fator e a necessidade de tomada de opções pelo magistrado, impede que os jurisdicionados conheçam as razões que o levaram à decisão e gera dificuldades para alteração das normas jurídicas assim formadas”.  
(grifos nossos)

#### **2.5.4 O uso de outros temas do constitucionalismo como meio para encobrir preferências decisórias e escolhas estratégicas das Ilhas**

Convém salientar, de outro lado, que o *judicial review* de inspiração neoconstitucionalista não pode ser apontado como o único fator de sustentação dessa ação estratégica que permite um ganho de maior liberdade decisória, facilitando a mudança institucional endógena. Outros temas do constitucionalismo são também pontualmente mobilizados com esse mesmo objetivo, embora em menor escala.

---

<sup>46</sup> Transcrevemos o artigo:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
I - processar e julgar, originariamente:

...

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;



Exemplo clássico é a menção eventual de Ministros ao "papel contramajoritário" de uma Corte Constitucional, atribuição que normalmente qualquer constitucionalista reconheceria como inerente ao STF, seja porque no *judicial review* se invalidam leis aprovadas por maiorias legislativas (o que a doutrina constitucional norte-americana clássica considera como justificável, porém problemático), seja porque diga respeito à defesa de minorias e do processo democrático.

É importante frisar que a menção a um "papel contramajoritário" do STF, por retórica que possa ser, é problemática também pela formulação em si, ou seja, ainda que eventualmente componha as convicções sinceras de alguns dos Ministros que dela se utilizem. Não nos aprofundaremos no tema porque ele está mais próximo da teoria constitucional e da filosofia política, mas vale lembrar que a imagem de uma corte constitucional como uma instituição "contramajoritária" foi popularizada pelo constitucionalista norte-americano Alexander Bickel em seu livro "*The least dangerous branch*", ao ponto de FRIEDMAN (1998) qualificá-la como uma "obsessão acadêmica" norte-americana. Nessa obra seminal do constitucionalismo norte-americano, BICKEL (1986) reconhece que o *judicial review* implica na derrubada de atos aprovados por dois Poderes - Legislativo e Executivo - que detém uma legitimação democrática advinda do voto (da qual o Judiciário não goza), de modo que essa "dificuldade contramajoritária" poderia tornar o seu exercício potencialmente antidemocrático. O constitucionalista norte-americano, que buscava justificar o *judicial review* mesmo reconhecendo esse óbice, defendia então que o Judiciário deveria exercer suas "virtudes passivas" e, assim, evitar que questões jurídicas que podiam ser satisfatoriamente resolvidas com a legislação infraconstitucional fossem transformadas em decisões constitucionais (as quais naturalmente guardam um componente político); o seu temor era o de que o não exercício dessas "*passive virtues*" acabasse por minar a legitimidade do *judicial review*.

Não deixa de ser interessante notar que aquilo que foi apresentado academicamente como uma "dificuldade contramajoritária", passou a ser, no Brasil, um instrumento retórico para a exposição de uma espécie de "virtude contramajoritária", como se o fato de ser supostamente contramajoritário por si só justificasse qualquer ato de uma corte constitucional.

A compreensão equivocada no Brasil acerca do que aqui passou a ser essa "virtude contramajoritária" parece advir, ao menos parcialmente, também do constitucionalismo norte-americano, dizendo respeito à reorientação do papel da Suprema Corte norte-americana após os embates em torno de uma série de proposições legislativas que compunham o projeto político e econômico do New Deal rooseveltiano. Após um impasse político que incluiu até a tentativa de apontamento forçado de novos juizes para a Suprema Corte (no

episódio conhecido como *Court-packing crisis*), Roosevelt conseguiu impor sua visão acerca de quais seriam os valores constitucionais prevalentes. WHITE (2000, p. 198) destaca que esta mudança substantiva de orientação da Suprema Corte se deu a partir de dois julgamentos sobre a imposição de níveis mínimos de remuneração aos trabalhadores (*Morehead vs. New York e West Cost Hotel vs. Parrish*), por conta da mudança de orientação de voto do Justice Owen Roberts. Esse episódio ficou conhecido na história pela frase "*The switch in time that saved nine*", valendo destacar que os referidos julgamentos ocorreram no mesmo período de 1937 em que fora apresentado por Roosevelt o seu *Court-packing plan*. CLARK (2011, pp. 196-203), por sua vez, produz uma convincente narrativa no sentido de que a virada da Suprema Corte guarda mais relação com a expressiva vitória democrata nas eleições de 1936<sup>47</sup> do que propriamente com a agressiva ação posterior de Roosevelt, mas o que importa para nossos objetivos é que a Corte sofreu severa perda de legitimidade política ao fim daquele período que ficou conhecido como *Lochner Era*.

Nos anos posteriores, como decorrência dessa reorientação dos valores constitucionais sustentados pela Suprema Corte, pela qual ela deu fim à *Lochner Era* e passou a admitir a intervenção governamental (notadamente no nível federal) no campo da regulação das relações econômicas, coube então à Suprema Corte a dura tarefa de reinventar seu papel na democracia norte-americana. ACKERMAN (1985, p. 713) lembra que neste momento de "extraordinária vulnerabilidade", a Suprema Corte, em um julgado inicialmente de pouca importância (*United States vs. Carolene Products Co*, apreciado em 1938), emitiu uma célebre nota de rodapé, em que assumia como seu dever a proteção substantiva dos direitos individuais de minorias alijadas de um processo político democrático e justo, por maiorias politicamente melhor posicionadas. Esta nova ênfase da Suprema Corte, que posteriormente desembocou nas paradigmáticas lutas contra a discriminação racial (simbolizada no caso *Brown vs. Board of Education*), pela defesa de direitos e garantias individuais (caso *Miranda vs. Arizona*) e pelos direitos reprodutivos das mulheres (caso *Roe vs. Wade*) inspirou a atuação de outras cortes constitucionais.

Frise-se, por relevante: os objetivos citados em *Carolene Products* são os únicos que justificam referir-se ao "papel contramajoritário" de uma corte constitucional. O problema aqui no Brasil parece ser a qualificação apriorística da natureza de quaisquer decisões da Corte, porventura criticadas pela opinião pública, academia, meio jurídico e outros atores, como sendo inerentemente portadoras de uma espécie de "virtude contramajoritária"; nesse

---

<sup>47</sup> ACKERMAN (2000, p. 26) considera a mudança de orientação da Suprema Corte neste período um dos "momentos constitucionais" que redefiniram o entendimento da Constituição e, por extensão, refundaram a democracia norte-americana.

segundo caso, uma ação da Corte pode ser retoricamente qualificada como "contramajoritária" apenas para justificar decisões em nada relacionadas com a defesa de minorias, e eventualmente até mesmo em claro favorecimento de elites políticas com amplo acesso ao poder.

Como alguns assuntos examinados nos últimos anos pelo STF se relacionam com pautas minoritárias e/ou identitárias, a atuação da Corte acabou ganhando um contorno contramajoritário positivo. Ocorre que a legitimação política obtida pela Corte por meio dessa agenda acaba, por vezes, sendo instrumentalizada para justificar decisões em outros temas que não se relacionam com a pauta contramajoritária clássica, mas que são etiquetadas no selo generalizante do "papel contramajoritário" do Supremo Tribunal Federal como forma de blindagem às críticas que elas podem vir a atrair.

Nas entrevistas feitas para esta tese com Ministros do STF, pudemos notar que a percepção geral dos entrevistados é a de que, na maioria das vezes, essas menções ao "papel contramajoritário" da Corte têm natureza retórica, de justificativa de determinadas decisões perante a opinião pública. Elas não exprimem uma agenda efetiva do Supremo Tribunal Federal e tampouco têm uma relação coerente com o debate acadêmico que é travado sobre o tema.

O seguinte diálogo com o Ministro AP 01 expressa, de modo geral, o conjunto de percepções colhidas:

**" - Aqui no Brasil, quando se fala nesse papel contramajoritário do Supremo, a sensação que o senhor tem, pela sua experiência na Corte, é que isso é usado pelos Ministros eventualmente mais de uma forma retórica, ou de fato faz parte da agenda da Corte atuar de forma contramajoritária?"**

- Eu diria que, salvo uma ou outra cabeça, não é uma preocupação do Supremo atuar numa linha contramajoritária. Essa expressão, a alusão a esse papel, surge, não só quando os Ministros proferem conferências e hoje dão entrevistas à imprensa (OBS: é possível escutar uma leve risada irônica)... mas mais como justificação... enfim...

**- Para tentar diminuir a pressão sobre a decisão?**

- É, questões dramáticas, socialmente sensíveis, algumas das quais participei, por exemplo, as reformas previdenciárias, que sempre atingem uma multidão."

Outro tema do constitucionalismo caro a alguns Ministros da Corte, e que também cumpre papel relevante de justificação da mudança institucional endógena (via alargamento do escopo do *judicial review*) que ora estudamos, é o debate acerca do exercício ou não de um papel representativo pelas cortes constitucionais. Esse debate parece interessar sobremaneira a alguns dos magistrados mais empenhados nesse processo de realinhamento

do lugar político do Supremo Tribunal Federal, como os Ministros Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso.

O Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADI 3510/DF (sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança) fez questão de ressaltar que aquela sessão mostrava que o STF poderia ser “a Casa do povo, tal qual o parlamento”. Citando Robert Alexy, disse ainda que “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”, e finalizou adiante destacando que “Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje.”.

O Ministro Luis Roberto Barroso, por sua vez, alega que o STF exerce também função representativa, localizando-a como legítima e esperada em situações em que se identificam alegadas omissões do Poder Legislativo para atuar na proteção de minorias ou no cumprimento de demandas sociais<sup>48</sup>. O Ministro também argumenta que, “... para além do papel puramente representativo” que ele também entende ser desempenhado pelo STF, eventualmente caberia às cortes constitucionais funcionar como “vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra”. (BARROSO, 2015, p. 27). Ao cruzar esse “Rubicão argumentativo”, o Ministro Barroso esmaece as fronteiras do princípio da separação entre os poderes e disputa com o Legislativo o protagonismo do que seria a legítima representação dos anseios da sociedade. Embora seja uma constante na retórica do Ministro Luis Roberto Barroso ressaltar que se trata de uma “... competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa”, o fato é que, ao que parece, a escolha dos temas e dos limites em que se exerce essa “vanguarda iluminista”, na sua formulação, cabe apenas e tão somente aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Não nos parece coincidência, aliás, que esses dois magistrados sejam, dentre as Ilhas, aqueles que mais metodicamente perseguem a mudança institucional endógena que ora estudamos, pois a legitimação intelectual da obra de sua agência é preocupação central para que seus esforços consolidem o novo lugar político do STF. A pretensão de se criar um imaginário discursivo no qual o exercício de uma “função representativa”, ou de uma “vanguarda iluminista”, seja entendido como uma decorrência natural da atuação da Corte constitui exemplo eloquente de como se dá o processo legitimador de eventuais mudanças institucionais endógenas promovidas por Ministros com maior poder de agência, os quais

---

<sup>48</sup> Nos parece um equívoco do Ministro Luis Roberto Barroso situar a defesa das minorias como um exemplo de função representativa de uma corte constitucional. Como viemos de explicar, essa defesa substantiva de minorias é relacionada exatamente com uma das duas únicas hipóteses em que se admitiria uma ação contramajoritária de uma corte constitucional, mas não guarda relação com função representativa; pelo contrário, é justamente nesse ponto que a suposta vontade da maioria, manifestada pela ação ou omissão do parlamento, não merece acolhida legítima pela corte constitucional.

articulam uma retórica constitucional que retira da política o protagonismo como veículo de representação dos anseios da sociedade e o localiza convenientemente no exercício do *judicial review*.

Nessa linha, disputar o exercício de função representativa com o Parlamento, que na tradição constitucional liberal seria o depositário natural da representação popular legítima, sem dúvida constitui elemento importante para enfrentar críticas de que a Corte pratica excessiva intervenção na arena política.

Não desconhecemos, por óbvio, que na academia há vozes respeitáveis que também defendem a existência de uma função representativa da corte constitucional. Mas entendemos que o que autores como POGREBINSCHI (2011, p. 165) defendem como uma “ressignificação” do ideal representativo e uma “reconfiguração” das instituições democráticas pode muito bem ser trabalhado, no que se refere às cortes constitucionais, sob a chave explicativa de seu papel contramajoritário clássico.

MARONA e ROCHA (2017, p. 152) também enxergam com otimismo a possibilidade de o STF exercer essa função representativa em termos argumentativos. Em interessante trabalho sobre as audiências públicas, reconhecem, porém, que esse recurso institucional ainda carece de um maior grau de institucionalização que assegure a efetiva inclusão dos diversos atores envolvidos no processo, bem como criticam “... a enorme discricionariedade do relator e sua posição privilegiada na rede de atores envolvidos na construção do diálogo interinstitucional e socioestatal”.

A nossa crítica a essas posições é menos de ordem normativa e mais relacionada à percepção de que este discurso de Ministros em prol de uma nova concepção institucional do STF não necessariamente está afinado com as aspirações de quem vê com olhos positivos esta abordagem. É digno de nota o fato de que as Ilhas, por exemplo, detêm grande liberdade para decidir quando convocar e como conduzir as audiências públicas, o que reforça o sentimento de que este tipo de iniciativa guarda relação prioritária com o projeto político de legitimação da sua agência e justificação de suas preferências decisórias, e não necessariamente com um diálogo institucional sincero com a sociedade civil.

Outro tema relevante do constitucionalismo que se relaciona com nosso objeto de estudo diz respeito a como Ilhas e Continente trabalham com seus precedentes, dado que uma função importante de uma corte constitucional é exatamente conferir previsibilidade ao sistema jurídico. SUNDFELD e PINTO<sup>49</sup> (2012, pp. 37-38) anotam que o STF não tem

---

<sup>49</sup> A “... insinceridade no tratamento dos precedentes” reportada pelos autores encontra sua demonstração empírica num dado interessantíssimo por eles mencionado, produzido pelo Núcleo de Pesquisa da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP: apenas 3,65% das citações de precedentes são para afasta-los e 1,52% para superá-los, sendo todo o restante destinado apenas a reforçar o argumento do voto.

enfrentado adequadamente o ônus argumentativo necessário para justificar a mudança de orientação da Corte em relação a um precedente anterior, de modo a apontar por quais razões aquela decisão merece ser superada; pior, o que tem ocorrido, como prática, é o uso estratégico de precedentes colhidos da jurisprudência da Corte para dar ares de jurisprudência firmada à decisão em debate, sem situá-los no conjunto de suas decisões e sem discutir a razão pelas quais outros precedentes contrários não mereceram acolhimento no caso em exame.

NEVES<sup>50</sup> (2013, pp. 199-200) caminha na mesma direção, o que reforça nossa convicção de que as dificuldades do STF em enfrentar o ônus argumentativo de suas decisões não se explicam apenas no plano da hermenêutica constitucional, como as costumam situar a doutrina constitucionalista, devendo ser entendidas como a expressão das contradições inerentes às tentativas da Corte em estabelecer seu papel na arena política, num jogo contínuo de demarcação e luta por espaço com o Legislativo e o Executivo que nem sempre pode ser explicitado coerentemente no conjunto de suas decisões judiciais.

---

<sup>50</sup>Anota o autor sobre o STF: “Há também pouca clareza e consistência na posição da Corte como um todo e de alguns juízes em especial, com variações de caso a caso. Evidentemente, a jurisprudência, inclusive a consolidada, pode ser modificada, mas isso exige certa sobrecarga argumentativa e, especialmente, transparência, deixando-se clara a mudança de orientação.”

### 3 O debate acadêmico sobre comportamento judicial

Até o presente momento trilhamos um caminho pelo qual buscamos repassar a literatura no campo, em especial naquilo em que ela dialoga com esta tese, e discorreremos sobre a mudança institucional endógena, procurando desde logo apontar para a importância de se estabelecer um diálogo com o Direito que nos permita compreender como este último colaborou para o processo de mudança institucional que deslocou o STF para uma posição de maior centralidade na arena política.

Nestes próximos dois capítulos, nosso objetivo é estabelecer um modelo que nos permita descrever como se dá a interação entre as Ilhas e a dinâmica destas com o Continente, de modo a completar o *puzzle* dos mecanismos que concorrem para a promoção da mudança institucional endógena via *conversion*. Isto feito, no quinto capítulo estaremos aptos a testar empiricamente quais seriam as configurações de condições causais suficientes para a *conversion*.

A tarefa será dividida em dois capítulos apenas por uma questão de ordem didática. Neste capítulo, nos focaremos em apresentar os modelos explicativos de comportamento judicial desenvolvidos na literatura norte-americana sobre *judicial politics*. A partir dessa apresentação que faremos, esperamos haver justificado a nossa escolha por um modelo que parta fundamentalmente do neoinstitucionalismo da escolha racional, o que para nós é sinônimo do assim chamado modelo estratégico norte-americano. Afinal, num quadro institucional em que as Ilhas gozam de grande liberdade de ação, e sendo elas naturalmente tendentes a maximizar suas preferências decisórias, parece fazer sentido nossa escolha metodológica, como veremos adiante. De outro lado, especialmente quando tratarmos da dinâmica entre Ilhas e Continente, os pressupostos sob os quais trabalham os neoinstitucionalistas históricos serão levados em consideração. Buscaremos sempre trabalhar com a ideia de que há uma cultura interna na Corte moldada por regras institucionais formais e informais criadas ao longo do tempo, as quais, como nos advertem HALL e TAYLOR (2003, p. 198), “... fornecem modelos morais e cognitivos que permitem a interpretação e a ação” dos Ministros.

Convém advertir que não nos alongaremos demasiadamente no estudo desses modelos, de modo a promover um debate exaustivo sobre as diversas escolas de estudo de comportamento judicial nos Estados Unidos. Nosso objetivo é mais modesto, apenas o de apresentar seus pressupostos e a tecer algumas observações críticas sobre aqueles, pois,

como veremos, deles é não possível extrair elementos demasiados para a construção de um modelo que leve em conta nossas especificidades históricas, institucionais e culturais. Mas pensamos que eles serão descritos de modo suficiente para atender as necessidades desta pesquisa. Uma última advertência: o modelo legalista, por ser predominante no direito constitucional norte-americano e não na ciência política, e, via de consequência, por ter forte viés normativo, não será examinado nesse trabalho.

### 3.1. O modelo atitudinal

O modelo atitudinal é aquele que, como bem lembram RIBEIRO e ARGUELHES (2013), pautou "os termos do debate, mesmo para os trabalhos que rejeitam suas conclusões e hipóteses." A sua grande aceitação deriva do fato de, do ponto de vista empírico, ter razoável sucesso na capacidade de predição das decisões dos magistrados da Suprema Corte norte-americana. SEGAL e SPAETH (1993 e 2002)<sup>51</sup>, os principais defensores do modelo, partiram do pressuposto de que os *Justices* norte-americanos decidem seus processos de uma maneira que representa a manifestação sincera de suas preferências ideológicas e valores, sem constrangimentos de outra espécie.

Isso se devia a alguns fatores, que RIBEIRO e ARGUELHES (2013, pp. 95-96) assim sintetizam:

**"Controle da agenda.** Os juízes da Suprema Corte definem sua própria agenda. Este é um requisito institucional para que os juízes ajam segundo suas preferências sinceras, na medida em que eles não irão escolher casos para os quais haja uma resposta jurídica clara. Tenderão a escolher casos que os permitam transformar ou reforçar algum aspecto do direito dos EUA que esteja sendo objeto de controvérsia. (...). **Vitaliciedade.** O mandato vitalício dos juízes da Suprema Corte que os torna imunes a possíveis ameaças e retaliações advindas da opinião pública ou de atores dos outros poderes. **Ausência de accountability eleitoral.** Diferentemente dos outros atores políticos, os juízes da Suprema Corte estão imunes às punições e premiações da opinião pública nas eleições. **Ausência de accountability política.** Os membros da Corte não podem ser removidos de seu cargo por processos e/ou razões políticas, já que a possibilidade de *impeachment* se restringe a certos tipos de atos criminosos, jamais em função de o Ministro ter decidido desta ou daquela forma. **Ausência de ambição profissional.** Não há incentivo para que os membros da Corte decidirem de forma a agradar superiores hierárquicos e, assim, promover determinadas aspirações profissionais, já que a Corte já é o topo da carreira. **As decisões da Suprema Corte não estão sujeitas a recurso.** Como não há possibilidade de questionar uma decisão da Suprema Corte perante uma instituição superior, os membros da Corte não têm qualquer tipo de incentivo para decidir levando em conta a probabilidade de alteração por uma outra instância."

---

<sup>51</sup> A publicação de 2002 é uma versão revisitada que pretendia responder a algumas críticas feitas ao livro original.



A abordagem atitudinal desenvolvida por Segal e Spaeth trabalha com uma escala ideológica dos *Justices* que caminha no arco tradicional norte-americano que compreende a dicotomia liberal/conservadora, permitindo uma pontuação de seus valores que é feita com base em suas publicações antes de ascenderem à Suprema Corte (e independentemente da orientação do Presidente da República responsável pela indicação).

Todavia, em que pese um certo sucesso preditivo, ela sofre muitas críticas porque não leva em conta inúmeros fatores que impactam uma decisão judicial, seja de ordem institucional, estratégica ou mesmo o próprio papel que o Direito exerce como elemento de constrangimento da ação dos magistrados. Ademais, e como os próprios autores reconhecem, ela é vocacionada apenas a explicar o comportamento dos *Justices* da Suprema Corte norte-americana, dado que em outras instâncias judiciais daquele país (o mesmo valendo para outros países, como o Brasil), o desenho institucional é diferente e outros fatores que impactam no processo decisório dos magistrados deveriam ser levados em consideração.

Em sua versão revisitada de 2002, os autores passaram inclusive a reconhecer parcialmente um agir estratégico nos juízes, mas afirmam que, com relação aos *Justices* da Suprema Corte, isso ocorreria de maneira limitada porque seriam muito poucos seus constrangimentos para não agir segundo suas preferências sinceras. A ação estratégica estaria então concentrada nos estágios decisórios que antecedem a decisão final de mérito (como no momento da seleção dos casos, onde, pela *rule of four*, seria necessário obter outros três votos favoráveis para que ele fosse aceito), e também em algumas raras situações onde fosse necessário levar em conta as preferências de atores externos como a opinião pública ou o Legislativo.

### **3.2 O modelo estratégico e o neoinstitucionalismo da escolha racional**

O domínio do modelo atitudinal na ciência política passou a sofrer duro questionamento, para o qual contribuíram livros como, por exemplo, o influente “*The choices Justices make*”, publicado por EPSTEIN e KNIGHT (1998). Nele, partindo das lições da obra seminal de MURPHY (1964), “*Elements of Judicial Strategy*”, sobre como os *Justices* agiam estrategicamente em ordem a maximizar suas preferências, os autores propõem uma abordagem para compreender a ação dos magistrados da Suprema Corte norte-americana, baseada na teoria da escolha racional. Uma ressalva, porém, parece obrigatória: conquanto EPSTEIN e KNIGHT (1998, p. 10) anotem que seu trabalho é derivado do “*rational choice paradigm*”, entendemos que o mesmo poderia ser mais precisamente enquadrado no neoinstitucionalismo da escolha racional. O que ampara essa posição é o fato de que os autores

conferem enorme peso ao contexto institucional para justificar esse agir estratégico dos *Justices*, destacando especialmente os constrangimentos e as interações balizadas pelas instituições formais e informais que condicionavam e limitavam a ação daqueles. A descrição do modelo nos parece, pois, mais próxima dessa vertente do neoinstitucionalismo do que uma assunção pura e simples do paradigma da escolha racional.

MALTZMAN, SPRIGGS e WAHLBECK (1999, p. 61) corroboram essa perspectiva e nos ajudam a compreender a origem do termo “modelo estratégico”, ao explicar que

“Our preference for the term “strategic”, rather than merely institutional, reflects the fact that rational-choice theoretic treatments are not the only tradition to claim the neo-institutionalist banner. Historical institutionalism, sociological institutionalism, and other institutionally focused approaches to the study of politics fall under the general rubric of neo-institutionalism”.

WHITTINGTON (2000, p. 612), contudo, nos adverte que

“Judicial scholars adopting this approach, however, have tended to focus on the interaction of the justices with other individual actors, rather than on the institutional context itself. As a result, in the judicial politics literature rational choice institutionalism tends to be referred to as the “strategic model” of judicial behavior, emphasizing its narrow dialogue with institutionalist analyses or the broader positive theory of institutions.”

A abordagem estratégica parte do pressuposto inicial, que é dominante na Ciência Política, de que os *Justices* têm como objetivo primário obter decisões sobre políticas públicas que sejam tão próximas quanto possível de suas preferências pessoais<sup>52</sup>. GIBSON (1983, p. 09) anota, a propósito desse objetivo, que “*judges’ decisions are a function of what they prefer to do, tempered by what they think ought to do, but constrained by what they perceive is feasible to do*”.

A diferença em relação ao modelo atitudinal, apontam EPSTEIN e KNIGHT (1998, prefácio, xiii), é que os *Justices* não seriam atores pouco sofisticados que fazem suas escolhas baseados apenas em suas próprias preferências, mas sim atores estratégicos que sabem que, para alcançar seus objetivos, têm que levar em conta o contexto institucional em que atuam, as preferências de outros atores internos e externos à Suprema Corte e as

---

<sup>52</sup> EPSTEIN e KNIGHT, todavia, reconhecem que não necessariamente esse seja o único objetivo dos *Justices*, destacando que outras agendas de pesquisa trabalham com motivações diversas. E eles próprios trabalham em seu influente livro com a ideia de que a busca por legitimidade institucional é um fator que influencia a ação estratégica dos *Justices*, preocupados que são de que as decisões da Suprema Corte sejam de fato respeitadas; saliente-se, a propósito, que essa é preocupação que a literatura em *judicial politics* tem identificado em virtualmente toda corte constitucional.

escolhas possíveis desses atores. Dentre as implicações resultantes desta abordagem estratégica, a principal, segundo os autores, é que o direito resultante da atuação da Suprema Corte “... is the long-term product of short-term strategic decision making”.

WHITTINGTON (2000, p. 612), explica ainda que

“The rules of the game tell judges who the relevant players are, how they are likely to act, and what the consequences of their actions are likely to be. Institutions can facilitate judicial decisions by reducing the costs associated with uncertainty above the consequences of decisions. They can also constrain choices by imposing costs on some possible judicial actions. (...) Neo-institutionalist approaches to judicial politics break from behavioralist approaches in rendering decisions interactive, not just reactive, and in shifting attention from the individual as the central unit of analysis to the institutional environment.”

A análise de algumas características institucionais da Suprema Corte<sup>53</sup> norte-americana pode ajudar a construir melhor o argumento. A Suprema Corte tem um desenho institucional pelo qual, via de regra, a seleção dos processos que lhe são submetidos é da sua responsabilidade, o que significa dizer que ela tem controle sobre sua agenda e, portanto, decide os temas sobre os quais faz um juízo (jurídico, mas também evidentemente político) acerca da conveniência de colocá-los sob exame. Para que o tema debatido ganhe status constitucional, deve ser emitido pela Suprema Corte o *writ of certiorari*, uma comunicação dessa última a uma Corte inferior avocando o exame de um determinado tema em exame na instância hierarquicamente subordinada. Esse *writ of certiorari*, todavia, não pode ser obtido sem a concordância prévia de ao menos quatro *Justices* (quórum que ficou conhecido como a *rule of four*). O processo decisório passa por um estágio de debates inicial, não submetido a escrutínio público, pelo qual surge uma maioria que tende a votar em uma determinada direção. Por um costume secular, iniciado durante o período em que John Marshall foi *Chief Justice*, cabe ao Presidente da Corte relatar ou indicar o magistrado que ficará encarregado de redigir o voto majoritário. Em casos de maior repercussão, tem sido comum na história da Corte que a relatoria seja assumida pelo próprio *Chief Justice*, ou que o mesmo assinale estrategicamente um relator que supõe seja mais próximo de suas preferências decisórias.

As pesquisas de EPSTEIN e KNIGHT (1998), fundadas em arquivos pessoais de alguns *Justices*, revelam uma intensa negociação em relação aos termos da decisão, para que o *Justice* inicialmente designado para escrever o voto realmente obtenha o acompanhamento da maioria dos membros da Corte. Não apenas para que saia vencedor, convém

---

<sup>53</sup> É importante notar que há outros meios de se acionar a Suprema Corte norte-americana, mas eles são de menor importância estratégica e pouco expressivos quantitativamente. Não os abordaremos nesse texto para não fugir demasiadamente do nosso escopo de investigação.

frisar, mas também para que o julgamento tenha apoio de membros suficientes para ser considerado como um *landmark case*, ou seja, para que seja estabelecido como um precedente que deva ser seguido pelo sistema do *stare decisis*. Aqueles *Justices* que porventura não concordem com a decisão a ser proferida podem emitir voto minoritário dissentindo de seus termos, mas esse não é o procedimento adotado na maioria das vezes (há exceções como o ex-*Justice* Antonin Scalia, que tinha maior propensão de registrar seus dissensos pessoais), até porque votos minoritários tendem a enfraquecer a imagem da Corte porque não transmitem coesão e facilitam a crítica aos seus julgados.

Isto posto, é possível observar que, conquanto sejam de fato influentes, os *Justices* norte-americanos têm constrangimentos institucionais para superar se a sua intenção é fazer valer sua preferência decisória numa determinada política pública, e mais ainda se estivermos a tratar de mudança institucional endógena.

EPSTEIN e KNIGHT (2013), em trabalho mais recente, incorporam avanços ao seu modelo estratégico para reconhecer que, embora seja um fator relevante, a maximização das preferências políticas dos juízes não desempenha um papel tão determinadamente central na sua ação estratégica. Os autores, numa assunção que de resto corroboramos, reconhecem que motivações não apenas ideológicas, mas também de ordem pessoal ou legal, podem influenciar na ação dos juízes.

Isso, a nosso aviso, implica incluir em nossa perspectiva metodológica também um elemento culturalista, que considere que os Ministros do STF, dada, por exemplo, a diversidade de personalidades, experiências profissionais pretéritas e formações humanísticas, podem atuar estrategicamente buscando atingir objetivos que não são necessariamente a maximização de suas preferências em termos de políticas públicas.

Como alerta BAUM (2006), juízes de cortes constitucionais têm “audiências” preferenciais que podem influir em seu processo decisório, tais como a sua relação com setores específicos da sociedade, o conceito formulado pelos membros da magistratura (e do meio jurídico como um todo) sobre seu próprio trabalho, o foco na arena política e no relacionamento com os demais Poderes, ou ainda a opinião pública em geral (e não apenas setores específicos). Assim, conforme discutiremos mais adiante, não é incomum acontecer que o comportamento das Ilhas ocorra de um modo estratégico não apenas visando o resultado mais próximo de sua preferência decisória, mas também objetivando sinalizar para a sua “audiência” que agiu conforme as expectativas que a mesma sustentava sobre sua “persona”.

### 3.3 O neoinstitucionalismo histórico

BARREIRA (2013) apresenta ainda um outro modelo explicativo para o comportamento de juízes de cortes constitucionais: o neoinstitucionalismo histórico. No interessante resgate de literatura que a autora realiza, é importante destacar, pela comunicação com essa tese, a contribuição de Martin Shapiro e sua *political jurisprudence*. BARREIRA (2013, pp. 30-31) anota que “... Shapiro conecta a teoria do direito (*jurisprudence*) com a perspectiva política (*political*), chamando a atenção para o contexto e as influências políticas sobre os juízes, as cortes e o conteúdo do que os juízes dizem.” As opiniões dos juízes, mais do que o resultado de uma votação específica, sinalizaria para os demais atores políticos “... os resultados prováveis em futuros casos semelhantes, demarcando posições e comunicando valores”, sinalização esta que seria “...central no processo de *policy-making*.”

O neoinstitucionalismo histórico reconhece, como consequência de seus pressupostos, que a formação de preferências do juiz é afetada também pela posição institucional que ele passa a ocupar, de modo que sua experiência na Corte também produz efeitos sobre suas decisões.

O neoinstitucionalismo histórico também estabelece uma ponte entre a hermenêutica constitucional e a ciência política empiricamente orientada para o estudo da *judicial politics*. WHITTINGTON (2000, p. 613), por exemplo, destaca que

“For historical new institutionalists, the law matters to judicial behavior, and part of their analytical goal is to determine what the law is understood to be and how it plays into judicial decisions. More generally, historical new institutionalists tend to be much more concerned with placing the judiciary and the law within a larger social and intellectual context that both shapes the course of law and helps define legal meaning.”

Apresentadas, em linhas gerais, as abordagens que, na Ciência Política<sup>54</sup>, buscam explicar o comportamento judicial, notadamente de juízes de cortes constitucionais, cumpre agora procurar traduzir essa agenda de pesquisas para o contexto político-institucional brasileiro.

---

<sup>54</sup> É importante reiterar que, nos EUA como no Brasil, há ainda uma quarta corrente (que nominaremos legalista) que busca explicar as decisões das cortes constitucionais a partir de uma compreensão exclusivamente jurídica da ação dos magistrados. Esse campo, porém, pertence ao Direito Constitucional, e por este motivo não será objeto de uma abordagem mais aprofundada nesta tese.

Pensamos que não há como pretender reproduzir no Brasil o modelo atitudinal, seja por suas falhas inerentes já mencionadas, seja porque há algumas diferenças substanciais entre o desenho institucional da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal<sup>55</sup> que impedem a assunção de pressupostos básicos do modelo.

O modelo estratégico nos parece o ponto de partida mais atraente, mas, como trabalhamos com uma perspectiva que entende o STF como o Continente e as Ilhas, há que se adotar duas abordagens complementares para melhor explicar a atuação da Corte e de seus Ministros. Na perspectiva macro, continental, o neoinstitucionalismo histórico parece ser mais capaz de explicar como o STF atingiu a atual centralidade política, sem que, todavia, percamos de vista as observações da segunda geração de estudos neoinstitucionalistas que valorizam a mudança endógena e questionam um certo determinismo do efeito *lock-in* que essa corrente usualmente confere às instituições, para efeito de determinarem padrões de desempenho institucional.

De outro lado, uma perspectiva micro, que assenta sua atenção na ação individual dos Ministros da Corte, pode se beneficiar da utilização de pressupostos do neoinstitucionalismo da escolha racional, que tem maior potencial analítico para que possamos compreender como a agência de alguns atores, aproveitando-se das regras do jogo estruturadas pelo desenho institucional brasileiro, deslocou ao longo do tempo o papel do STF na arena política.

SANDERS (2006, p. 43) destaca que a assunção de uma ou outra perspectiva de análise pode ser entendida como um problema ligado ao temperamento individual do pesquisador, bem como das assunções e afinidades metodológicas que se seguem a esta escolha, mas as questões que ambas as perspectivas formulam são de interesse mútuo. A diferença, ainda segundo SANDERS (2006, p. 42), estaria no fato de que para os neoinstitucionalistas históricos o maior interesse é o estudo da construção, manutenção e adaptação das instituições, não nas preferências individuais e na lógica própria que guia este caminho (que concerne prioritariamente aos neoinstitucionalistas da escolha racional).

---

<sup>55</sup> Por exemplo, o fato de que o STF não dispõe de um recurso institucional que filtre o acesso à Corte como o *writ of certiorari* norte-americano. Tampouco parece facilitada a tarefa de se construir aqui uma escala ideológica que nos permita predizer como atuarão os Ministros do STF.

## 4 A construção de um modelo explicativo para a mudança institucional endógena promovida pelo Supremo Tribunal Federal

Esperamos haver estabelecido no capítulo anterior as bases teóricas que justificam que usemos, neste capítulo, o marco do neoinstitucionalismo da escolha racional (modelo estratégico) e do neoinstitucionalismo histórico sempre que estivermos nos referindo, respectivamente, à interação entre as Ilhas e ao desempenho institucional do Continente na arena política ao longo dos anos.

EPSTEIN e KNIGHT (1998, prefácio, xiv), ao identificar o objetivo central de seu livro, fazem uma advertência que poderíamos tomar aqui emprestada: eles não buscavam oferecer uma explicação exauriente sobre um conjunto de decisões da Suprema Corte, mas sim fornecer um aporte teórico que permitisse a pesquisadores identificar o comportamento estratégico dos *Justices* e incorporar suas implicações em seus trabalhos. Também não pretendemos explicar todos os elementos levados em conta na ação dos Ministros do STF, ou menos ainda prever como eles agiriam, mas estaremos satisfeitos em procurar demonstrar que os mesmos são atores que agem estrategicamente com objetivos diversos (dentre eles, a mudança institucional endógena), descrevendo quais instrumentos costumam utilizar e, principalmente, como sua ação estratégica tem colaborado para que logrem sucesso em alterar o lugar da Corte na arena política.

Passaremos então a estudar os recursos institucionais formais e informais de que dispõem as Ilhas para exercer seu poder de agência e para, dentre outros objetivos, buscar a mudança institucional endógena. Essa perspectiva de estudo levará em conta a pretensão de destacar, tanto quanto possível, a articulação dessa liberdade decisória das Ilhas com o aumento de poder do Continente, de modo a tentar nos ajudar a compreender porque essa aparente disfuncionalidade simbolizada pelo excessivo protagonismo que os Ministros parecem exercer, em detrimento da colegialidade, não tem enfrentado decidida resistência quando pensamos no STF como Continente, como instituição.

Não deixa de ser importante lembrar que na construção de nosso modelo levamos em consideração fatores exógenos que impactam a dinâmica interna das Ilhas e o desempenho institucional do Continente, embora nosso foco seja tentar demonstrar como é possível que a ação endógena dos Ministros lhes permita influenciar a vida política nacional e, por extensão, deslocar o lugar do STF na arena política.

A demonstração de como as Ilhas se utilizam de seus recursos institucionais (formais e informais) se valerá do Regimento Interno do STF, importante documento que estabelece as “regras internas do jogo”, da análise de casos paradigmáticos onde esses recursos institucionais foram mobilizados e também de entrevistas concedidas por Ministros do Supremo Tribunal Federal para subsidiar esta tese.

Para evitar a identificação destes entrevistados, utilizamos a codificação “Ministro AP e número” e “Ministro AT e número” para distinguir, respectivamente, magistrados aposentados e na ativa. Pensamos que esta distinção se justifica metodologicamente por duas razões fundamentais: a) como já buscamos explicitar nessa tese, os Ministros aposentados entrevistados representam, em sua maioria, uma outra geração de magistrados (a “velha guarda”, no dizer de um Ministro entrevistado), de perfil de atuação mais contido; b) os magistrados aposentados, ainda que se perceba um certo cuidado em suas manifestações, falam sem as amarras naturais daqueles que ainda respondem pela função judicante, potencialmente inibidora de revelações. A numeração destes Ministros, também com a intenção de evitar sua identificação, não seguiu qualquer critério linear, como ordem alfabética ou antiguidade dos magistrados na Corte. Eventualmente omitimos nomes de Ministros citados por outros Ministros, também para dificultar a identificação dos entrevistados.

Por último, nos parece importante sublinhar que as falas dos Ministros, que tipicamente são pessoas bastante cuidadosas nas manifestações sobre temas como os que compõem nossa pesquisa, muitas vezes incluem frases curtas, que deixam algumas questões subentendidas, como se eles preferissem não dizer integralmente aquilo que de algum modo admitiam revelar. O conjunto de entrevistas também permite perceber algumas atitudes semelhantes que revelavam, em nossa visão, algo mais pelo que elas também não reconheciam explicitamente nessa sua padronização. Por exemplo, o pedido de vista supostamente sempre foi praticado apenas de maneira técnica por cada um dos entrevistados, mas grande parte deles também acredita que outros colegas não agissem do mesmo modo todo o tempo.

Nossas observações, portanto, são matizadas por um trabalho de interpretação e de ressignificação inerente a este tipo de pesquisa, mas que entendemos por bem sublinhar para alertar o leitor.

Passaremos agora a descrever os recursos institucionais formais e informais de que entendemos dispor os Ministros do STF, de modo a sustentar o que viemos de afirmar. É importante reiterar que a análise destes recursos será acompanhada, tanto quanto possível, da exemplificação de casos paradigmáticos. Todavia, não faremos estudos de caso em



profundidade, decompondo-os em todos os seus elementos, pois semelhante opção metodológica deixaria a tese demasiado extensa sem um ganho analítico proporcional. Os exemplos mobilizados, no nível de profundidade em que foram abordados, nos parecem suficientes para demonstrarmos a existência destes recursos institucionais estratégicos, a forma como são mobilizados e seu impacto na dinâmica entre Ilhas e Continente.

#### **4.1 A influência da composição no processo decisório da Corte**

A construção de um modelo explicativo que descreva os recursos estratégicos das Ilhas e como elas os mobilizam para a *conversion*, deve iniciar, todavia, pelo exame de um outro fator relevante para o desempenho institucional do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se da composição da Corte. Este fator importa porque, a depender da composição, podemos esperar como mais provável o uso estratégico de recursos institucionais e a adoção de uma retórica neoconstitucionalista, elementos que identificamos como relevantes para o processo de mudança institucional endógena promovido pelo STF ao longo do tempo. Entendemos que o seu progressivo deslocamento na arena política, para uma posição ainda mais central, mudou de escala com a troca de guarda definitiva entre a geração de Ministros oriunda (especialmente) do período militar e também dos primeiros anos da Nova República, e aquela de um período posterior, notadamente os nomeados nos governos petistas. Isso, sem embargo de que eventualmente hajam exemplos de *conversion* no primeiro período deste nosso recorte temporal da Corte. Contudo, o capítulo em que trabalhamos empiricamente o tema poderá demonstrar padrões diferentes de efetivação de mudança institucional endógena, a depender exatamente da composição da Corte como uma das condições causais intervenientes.

A presente tese trabalha com a perspectiva de que o STF passou por uma mudança geracional relevante, que decorreu da natural aposentadoria de vários Ministros oriundos (principalmente) do regime militar e a indicação de seus substitutos, especialmente aqueles indicados a partir do primeiro mandato do Presidente Lula. Esta mudança geracional seria um dos fatores que animaria o deslocamento do STF para uma posição mais central na arena política. No Direito Constitucional brasileiro, há autores como CAMPOS (2011) que, possivelmente inspirados no direito constitucional norte-americano, chegam inclusive a dividir esquematicamente o Tribunal em dois períodos: a "Corte de Moreira Alves" e a "Corte de Gilmar Mendes".

Por simplificadora que seja, essa divisão tem o mérito de destacar dois períodos em que a atuação do STF realmente migrou de um exercício contido dos expressivos recursos

institucionais alocados pela Constituição de 1988 para uma participação inegavelmente mais destacada na cena política; o quanto a nova composição possa ter influência nisso é algo que buscaremos averiguar no capítulo 5, quando tratarmos empiricamente de analisar as condições necessárias e suficientes para a mudança institucional endógena.

Nas entrevistas que fizemos com Ministros aposentados e na ativa do STF, e também analisando as entrevistas concedidas para o projeto de pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, “História Oral do Supremo”, foi possível perceber claras diferenças de perfil entre os Ministros que durante a maior parte do tempo compuseram a “Corte Moreira Alves” e daqueles que compuseram ou compõem a “Corte Gilmar Mendes”. Os Ministros do período inicial da Constituição de 1988, oriundos majoritariamente do regime militar, em geral guardavam um perfil público mais discreto, estando mais próximos de um estereótipo convencional do magistrado que “somente fala nos autos”. Eles tendem a ser críticos da TV Senado e da exposição pública da Corte que alguns debates mais acalorados proporcionam. Costumam demonstrar uma concepção alegadamente mais técnica e menos política do que representava sua missão no STF, e mesmo em episódios em que cálculos de ordem política evidentemente permearam o processo decisório da Corte eles têm mais restrições a reconhecer tal fato e são mais assertivos em afirmar a (suposta) natureza técnica-jurídica de suas decisões. Nenhum deles reconheceu o “papel contramajoritário” de uma corte constitucional como um elemento componente de sua agenda ou de seu processo decisório. Alguns perguntaram se o Ministro Moreira Alves<sup>56</sup> seria um dos entrevistados, e o mencionaram com destaque especial em suas recordações, evidenciando sua liderança intelectual e pessoal na Corte, que se refletiu na adjudicação constitucional daquele período.

Sobre o tema, convém transcrever avaliação do Ministro AT03:

“- Essa corte, ela foi liderada na maior parte deste período por um eminente jurista que era o Ministro Moreira Alves. (...) E acho que ele represou o avanço e a incorporação no Brasil de coisas novas que aconteciam no mundo, de uma interpretação menos formalista, de uma menor dose de positivismo normativista, de um pouco mais de criatividade na interpretação constitucional. Essa liderança vai até 2003, quando ele se aposenta, embora a Corte tenha tido novas nomeações que já começavam a sinalizar mudanças.

**- Mas o senhor acha que ali foi o *turning point*...**

Acho que 2003 foi o *turning point*. Já tinha nomes como o Pertence, em algum momento Rezek, Celso de Mello em alguma medida, a Corte começou a se renovar, porém, a liderança do Moreira Alves ainda era muito marcante. Então, por exemplo, no controle de constitucionalidade se criou a barreira da pertinência temática, e no mandado de injunção se equiparou o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão, portanto se esvaziou o mandado de injunção. Então, eu

---

<sup>56</sup> Esse comentário não significa reconhecimento de que o Ministro Moreira Alves tenha sido, ou não tenha, entrevistado.

acho que você tem um perfil não muito inovador nem renovador que vai de 88 até 2003.

**- Com aquelas 3 indicações...**

- Aí você tem as 3 primeiras indicações, aí já estamos no governo do Presidente Lula.”

Por sua vez, os Ministros indicados no período petista, que pode ser arbitrado como uma espécie de marco dessa troca de guarda na Corte, parecem lidar com mais naturalidade com a exposição da Corte à opinião pública e com a presença constante de alguns de seus Ministros na mídia. O recurso argumentativo ao “papel contramajoritário” da Corte é usado com mais frequência, embora seja questionável sobre o quanto de fato compõe sua agenda, ou o quanto sua mobilização seja mero recurso retórico para justificar suas decisões. Para os Ministros entrevistados aposentados, espectadores privilegiados que são, no caso de seus sucessores trata-se primordialmente da segunda hipótese, mas há que se temperar essa visão com o fato de que essa não era sua agenda e, portanto, é mais difícil reconhecê-la em um outro membro da Corte.

O Ministro Gilmar Mendes, conquanto não exerça na Corte a mesma liderança pessoal e intelectual do Ministro Moreira Alves ao seu tempo, e tenha sido indicado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso no período final de seu segundo mandato, constitui, como nos lembra CAMPOS (2011, pp. 545-546), uma escolha adequada<sup>57</sup> para simbolizar esse novo período. Afinal, nenhum outro Ministro encarna, como ele, esse novo STF que participa mais ativamente do debate público e que reivindica (com sucesso até agora) um novo lugar na arena política. Novo lugar não apenas em relação ao Legislativo e ao Executivo, mas também em relação à própria hierarquia interna do Judiciário brasileiro, pois parte da mudança institucional endógena promovida pelo STF (via reinterpretação do alcance de sua jurisdição), embora repercuta na sua relação com aqueles atores externos, foi feita também às expensas do poder político de instâncias inferiores do próprio Judiciário.

Nesse período em que o STF conseguiu promover mudanças institucionais endógenas que alteraram seu lugar na cena política brasileira, a agência do Ministro Gilmar Mendes cumpriu papel destacado. Não bastassem os exemplos trabalhados nessa tese relacionados com a adjudicação constitucional propriamente dita da Corte, a atividade político-

---

<sup>57</sup> Sem embargo, é certo que ser enquadrado como membro da “Corte Gilmar Mendes” deve irritar Ministros e provocar vivas discordâncias sobre a nomenclatura em muito maior volume do que em relação aqueles que compuseram a “Corte Moreira Alves”.

institucional externa àquela, mas conectada com sua condição de magistrado, é pública e assumida pelo próprio Ministro.

## 4.2 Os meios legais de acesso ao Supremo Tribunal Federal

De início, convém salientar que o STF não controla a sua agenda<sup>58</sup> como sua congênera norte-americana, pois a Corte pode ser acessada por inúmeras vias processuais, algumas com significativo potencial de repercussão política. Isso não significa, como veremos adiante, que a instituição não tenha meios de "decidir o que quer decidir", mas o custo para agir assim em processos de alta saliência política é sem dúvida maior do que seria caso pudesse recusar o próprio exame de uma dada questão que não lhe interessasse apreciar, como eventualmente pode fazer a Suprema Corte norte-americana.

O desenho institucional do STF inclui tanto o controle concentrado de constitucionalidade (modelo europeu, de inspiração austríaca) quanto o controle difuso de constitucionalidade (modelo norte-americano). Inúmeros atores políticos podem provocar diretamente a participação da Corte em temas de alta saliência política, sendo limitada apenas a aspectos procedimentais a possibilidade de imposição de filtros que impeçam o exame da matéria pela Corte. Também instrumentos processuais relevantes como a arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>59</sup> e o mandado de injunção são meios que permitem o acesso direto à Corte por atores dos mais diversos, tais como o Executivo, Procurador-Geral da República, partidos políticos e grupos de interesse.

Não bastasse isso, o STF recebe uma grande gama de recursos interpostos contra decisões proferidas pelas instâncias inferiores, bastando ao advogado demonstrar que o processo em questão envolve tema constitucional (o que não é incomum, dada a extensão substantiva do texto constitucional). A Emenda Constitucional 45/04 (emenda da Reforma do Judiciário) incluiu a possibilidade de um filtro para a subida desses recursos, conhecido como o reconhecimento da "repercussão geral" desses processos.

---

<sup>58</sup> Esclarecemos que a palavra "agenda" está sendo utilizada para designar o conjunto de processos que chega até a corte constitucional em condições de serem julgados; por sua vez, a palavra "pauta" será sempre utilizada quando pretendermos designar os processos da agenda que serão efetivamente submetidos a julgamento em uma sessão da corte constitucional

<sup>59</sup> Por meio da ADPF, alguns dos temas mais politicamente sensíveis para a sociedade brasileira vêm sendo abordados nos últimos anos, como a constitucionalidade da união homoafetiva e a inexistência de crime em caso de aborto de fetos anencéfalos; esse instrumento processual tem ganho, nos últimos anos, uma importância maior como unidade de análise do desempenho institucional do STF, papel antes desempenhado com substancial protagonismo pelas ações diretas de inconstitucionalidade.

Sobre a repercussão geral não nos alongaremos, mas parece importante notar que o modo como o mecanismo tem sido operado na Corte também reforça a lógica de destaque do poder individual dos Ministros, numa estruturação coerente com a dinâmica entre Ilhas e Continente que vimos procurando demonstrar ao longo dessa tese. Isso, porque há uma discrepância muito grande entre o número de processos admitidos como dotados de “repercussão geral” entre os diversos Ministros, com alguns sendo bem mais pródigos no reconhecimento do que outros. Ora, considerando-se que a admissão precisa ser aprovada pelo colegiado (por meio de um instrumento conhecido como “plenário virtual”), é de se indagar porque um Ministro de perfil restritivo no reconhecimento de repercussão geral dos processos que lhe são afetados acaba sendo deferente ao entendimento mais expansivo praticado por um colega nos processos daquele. A resposta intuitiva está exatamente nessa cultura de empoderamento das Ilhas, no sentido de que um Ministro possivelmente é deferente ao colega na expectativa de que o mesmo ocorra naqueles processos em que porventura entenda ser importante a Corte apreciar. Outra hipótese é a de que o volume de processos dificulte essa atuação limitadora dos Ministros com perfil mais contido, mas, considerando-se a importância do instituto para o funcionamento do sistema judicial, há que se tomar com reservas esse argumento.

Por fim, o STF atua ainda não apenas como corte constitucional, mas como tribunal ordinário em algumas espécies de causas para cujo processamento ele é considerado o foro originário. O exemplo mais relevante, ainda mais no momento de intensa crise política que o Brasil vive em função dos desdobramentos da apuração (pela assim chamada “Operação Lava Jato” e outras assemelhadas) de crimes cometidos por grandes empresários e a elite política nacional, é a competência criminal originária para membros do Executivo (Presidente da República e Ministros de Estado) e do Legislativo (parlamentares), assim como a competência penal revisora de instâncias inferiores. Essa competência penal, aliás, é tema pouco estudado na ciência política brasileira, mas que claramente repercute na centralidade política do STF porque o coloca em condições de afastar (ou diminuir severamente a influência) da vida política determinados atores<sup>60</sup>, de modo que não é demasiado pensar que esta competência possa atuar como um elemento dissuasório de alterações institucionais que enfraqueçam os poderes da Corte<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Convém anotar que atualmente nem mesmo é necessária uma condenação penal para que esses atores sofram consequências negativas, pois ações com grande potencial midiático (como uma determinação de busca e apreensão de documentos ou divulgações de escutas telefônicas judicialmente autorizadas) já podem abalar seriamente a credibilidade do político em questão.

<sup>61</sup> Não se pretende com isso insinuar qualquer conduta da Corte que signifique um uso político dessa competência, mas apenas reconhecer o fato de que é razoável pensar que qualquer ser humano, em especial um

Estabelecido, como esperamos, que os pontos de acesso ao STF são vários e o custo de mobilização da Corte é relativamente baixo, inclusive para quem, como destacou TAYLOR (2008), não visa necessariamente uma vitória jurídica, mas sim objetivos de ordem política, é intuitivo que os seus Ministros terão grandes oportunidades de atuarem em temas de algum modo afetados à arena política, ainda mais se considerado o fato de que temos uma constituição analítica<sup>62</sup>, que abre diversas janelas de oportunidade para intervenções de juízes por meio do *judicial review*, seja na via abstrata ou concreta.

Os Ministros do STF, portanto, e ao contrário dos seus pares norte-americanos (como ocorre com a *rule of four* norte-americana), não precisam articular uma ação estratégica endógena para conseguir que temas do seu interesse cheguem até a Corte, pois eles se beneficiam do fato de que o desenho institucional da Corte convida a uma judicialização da vida política, conforme pensamos haver explicitado acima (fundamentalmente, uma constituição analítica e diversidade de meios processuais de acesso). No tema, o ônus relevante para os Ministros é, na verdade, a dificuldade de impedir que determinados temas que prefeririam evitar cheguem até a Corte, sobre o que discorreremos logo adiante.

#### **4.3 A formação e a administração da agenda de julgamentos pelos Ministros do STF**

Todavia, se o desenho institucional favorece o acionamento da Corte, isso não quer dizer que os Ministros sejam necessariamente personagens passivos na seleção de sua agenda. Essa é a maneira como muitas vezes mesmo a ciência política brasileira *mainstream* tende a caracterizá-los ao explicar o fenômeno da crescente judicialização da vida política brasileira, pois ela centra suas atenções na dificuldade de um sistema político fragmentado resolver internamente suas questões, ocorrendo então ao Judiciário como meio de reverter derrotas da política majoritária. O Judiciário seria então o árbitro involuntário de

---

agente acostumado a raciocinar em termos de cálculo político, não gostaria de desagradar aqueles que são responsáveis pelo seu julgamento penal. A propósito, convém anotar que levantamento do site G1 dá conta de que, somente no âmbito da operação Lava Jato, 64 deputados e 28 senadores estavam investigados até aquele momento, número que por certo aumentou consideravelmente com a delação que envolveu a empresa J&F, em que pese o fato de a legalidade desta última se encontrar sob forte questionamento no momento em que se redige esta tese (<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/com-lista-de-fachin-n-de-inqueritos-da-lava-jato-triplica-no-stf.ghtml>).

<sup>62</sup> A doutrina constitucional trabalha com diversas tipologias de classificação das constituições, envolvendo temas como o modo de sua elaboração, a possibilidade (e o grau de facilidade) de ser emendada, etc... Com relação ao seu conteúdo, as constituições podem ser classificadas como sintéticas (aquelas que basicamente desenham a estrutura do Estado e consagram os direitos e garantias da primeira geração, típicos da tradição liberal) ou analíticas (aquelas que tem um conteúdo mais extenso, normatizando direitos de segunda e terceira geração, como os direitos sociais e direitos difusos da sociedade). O nosso texto constitucional insere-se claramente na classificação de constituição analítica.

disputas que originalmente não lhe caberiam decidir, mas que, por obrigação constitucional, não poderia recusar uma vez postas sob sua apreciação.

Registre-se, aliás, que este é argumento que Ministros da Corte também utilizam para se blindar de críticas que apontam para um indevido ativismo judicial exercido pelo STF, como no caso do Ministro AT02:

“Quando se coloca atores políticos legitimados a essas ações e não só atores técnicos, evidentemente que os temas políticos de outros Poderes acabam sendo colocados aqui para o Supremo decidir. E aí há uma confusão entre ativismo ou atividade normal do Supremo. Então, na verdade, muitas vezes se confunde com ativismo judicial aquilo que foi uma judicialização da política proposto pela parte. (...). Não é o Supremo que escolhe as causas que vai julgar, o juiz não age de ofício, cabe ao Judiciário, e em específico ao Supremo, receber aquelas ações daqueles que são legitimados pela Constituição e, se essas ações tiverem procedência, julgá-las procedentes.

Não é o caso, evidentemente, de se negar essa linha de interpretação do fenômeno, até porque em boa medida ela encontra sustentação factual. Todavia, ela não abarca todas as condutas que uma observação mais cuidadosa da cena política permitiria reconhecer. Se atentarmos para alguns eventos, poderemos ver que os Ministros do STF também convidam abertamente à judicialização da política.

Um mecanismo usual para este tipo de ação estratégica é a concessão de entrevistas sobre temas da pauta nacional, com a insinuação de que alguns tópicos poderiam acabar sendo decididos pela Corte de modo diferente daquela que aparentemente o meio político (Legislativo e/ou Executivo) deliberou. Parece evidente que esse tipo de declaração constitui (mais) um incentivo para que aqueles derrotados em outras instâncias decisórias considerem a hipótese de judicializar o tema como uma estratégia conveniente, daí ser questionável afirmar que o STF tem apenas uma atuação passiva. O incentivo pode ainda anteceder o final do processo legislativo, com vistas a influir no próprio. Exemplos não faltarão ao pesquisador, como a manifestação contrária do Ministro Gilmar Mendes<sup>63</sup> a uma proposta de emenda constitucional que alterava as competências do STF (comparou-a com a “Constituição Polaca” do período ditatorial de Getúlio Vargas e ajudou a sepultar o debate

---

<sup>63</sup> Segue link com o fato mencionado <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2013/04/24/stf-critica-pec-que-reduz-seu-poder-de-corte-constitucional/>

do tema) e entrevista em que o então Ministro Joaquim Barbosa<sup>64</sup> afirmou que a Corte poderia considerar inconstitucional a diminuição de gastos sociais no próximo governo como modo de se fazer um ajuste fiscal.

Não é incomum, porém, que os Ministros frisem que estão respondendo uma dada questão “em tese”, para evitar que tenham a sua participação em julgamentos questionada por possível quebra de imparcialidade (afinal, o art. 36 da Lei Orgânica da Magistratura<sup>65</sup> impede que um juiz se manifeste previamente sobre uma causa que pode vir a julgar).

Em outras ocasiões, as próprias decisões proferidas pela Corte podem conter recaudos implícitos sobre a possibilidade de ela apreciar um tema correlato em determinada perspectiva. Essas observações podem ser interpretadas por outros atores políticos como indício de preferências decisórias, e influírem no próprio processo legislativo.

Assim, a observação atenta desta dinâmica permite concluir que os Ministros têm consciência de que manifestações objetivas ou tácitas sinalizando preferências influenciam na constituição posterior de sua própria agenda de trabalho. E por isso entendemos que aqueles que retratam o Judiciário como um ator passivo, que apenas cumpre o ônus constitucional de resolver as questões que a arena política não consegue mediar, não estão atentando para o papel coordenado que Ilhas (por sua agência) e Continente (ao estruturar as regras internas do jogo dando ampla liberdade às Ilhas) jogam na ampliação de seu espaço de atuação política.

Sobre o tema, vale transcrever trecho de uma entrevista com um Ministro do Supremo Tribunal Federal (Ministro AT01):

**“- O Supremo alega que ele não escolhe, que ele é provocado, mas se você sinaliza...**

- Claro, claro, se você mostra uma abertura para admitir certas situações, você estimula a vinda, isso não há a menor dúvida”.

---

<sup>64</sup> Segue link com o fato mencionado [http://www.afisvec.org.br/noticia\\_det.php?id=18107](http://www.afisvec.org.br/noticia_det.php?id=18107)

<sup>65</sup> Eis a redação da norma: "Art. 36 - É vedado ao magistrado: (...) III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”.

Convém destacar que não se localizou qualquer manifestação jurisdicional do STF sobre eventual inconstitucionalidade dessa norma, por ofensa ao princípio constitucional da liberdade de expressão; tampouco se localizou julgado ou entrevista em que os Ministros dissessem que esta vedação não lhes seria aplicável. Aliás, o anteprojeto para uma nova LOMAN, que ainda tramita no STF, repete essa mesma proibição no seu art. 107, VI; por outro lado, segundo seus artigos 1º e 2º, o STF compõe o Poder Judiciário e a LOMAN lhe é aplicável.



Há ainda outra questão relevante sobre a formação e a administração da agenda de julgamentos do STF. Como vimos, são inúmeros os meios de acesso ao STF, que não dispõe de um instrumento como o *writ of certiorari* para impedir que cheguem à Corte questões que não pretende decidir. Isso não significa, porém, que o STF não consegue evitar, em parte significativa dos casos, a apreciação daquelas matérias em que porventura não gostaria de se pronunciar. São dois os mecanismos mais relevantes para que se alcance este objetivo estratégico: a) resolver o processo em termos procedimentais, evitando manifestação sobre o mérito, ou ainda limitar significativamente o alcance deste possível julgamento de mérito e; b) aproveitar-se da grande massa de processos da Corte para, mediante priorização de outros processos na pauta de julgamentos, utilizar a variável "tempo" para reconfigurar a conjuntura e permitir o julgamento do tema em termos que sejam coerentes ou mais aproximadas das preferências decisórias de Ilhas e/ou Continente.

O primeiro mecanismo é muito comum, e devemos reconhecer que neste ponto o Direito joga um papel relevante, pois de fato a grande maioria dos processos extintos pelo STF sem que o mérito seja apreciado possuem boas razões técnicas a amparar essa decisão. Todavia, a compreensão que a Corte possa ter sobre o alcance de determinados recursos institucionais que são postos à sua disposição pode auxiliá-la nessa tarefa de controlar sua agenda, especialmente quando sua composição tiver uma característica mais deferente. Um exemplo paradigmático é o alcance limitado emprestado ao instituto do mandado de injunção pela Corte Moreira Alves, que, como vimos em capítulo anterior, permitia a esta evitar de se envolver em questões que entendia pertencer ao campo estrito da política representativa.

O segundo mecanismo é um pouco mais sofisticado e pode ser afetado por outros fatores conjunturais, mas nem por isso deixa de se manifestar claramente. É inegável que o estoque de processos do STF é enorme e que isso impõe à Corte algum tipo de priorização na escolha de sua pauta de julgamentos. Ocorre que, se a fixação da pauta revela com clareza aquilo que se pretende julgar, a não inclusão em pauta pode indicar também não apenas aquilo que não foi possível julgar (pelas limitações inerentes ao binômio "volume de processos x tamanho da pauta disponível"), mas também aquilo que se escolhe não apreciar (ao menos naquele momento). Esta perspectiva ganha especial peso quando ignoramos a massa geral de processos da Corte (de menor relevância política) e centramos nosso foco nos *hard cases*, entendidos como os casos que envolvem temas politicamente mais salientes.

Quando estamos a tratar de *hard cases*, a postergação da análise do processo pode reconfigurar a conjuntura, de maneira a que a Corte, quando venha a examinar a matéria,

possa estar em situação bem diversa para se manifestar. As possibilidades, nesse campo, são variadas: a) o foco da mídia pode não mais estar centrado no processo, e, assim, a Corte pode enfrenta-lo com menor ônus político perante a opinião pública; b) pode acontecer que a consolidação de uma dada situação de fato no tempo torne as consequências de uma decisão em determinada direção muito gravosas, e que a solução mais recomendável acabe se tornando aquela que mais se aproxima das preferências decisórias de Ilhas e/ou Continente; c) também pode acontecer que a consolidação de uma dada situação de fato no tempo torne sua modificação inexecutável, de maneira que a Corte poderia extinguir o processo sem o ônus de enfrentar o mérito da matéria posta sob sua apreciação.

A hipótese C aventada tem um exemplo paradigmático nos Mandados de Segurança 34.070 e 34.071, impetrados para impedir a posse do ex-Presidente Lula como Ministro da Casa Civil no Governo Dilma Roussef. Embora fosse evidente que a resolução do tema demandava urgência e era de extremo interesse para a Presidenta da República na luta para evitar seu impedimento, a Corte somente pautou o tema para julgamento após a votação do pedido de instauração do processo de impeachment pela Câmara dos Deputados. Ainda assim a votação acabou adiada sob razões de ordem procedimental (haveriam ações conexas sob a relatoria do Ministro Teori Zavasacki e elas não estavam pautadas), e semanas depois o relator dos MS, Ministro Gilmar Mendes, extinguiu os mesmos sob o argumento de que um novo Presidente tomara posse e que, portanto, a nomeação impugnada perdera sua razão de ser; permanece sob disputa o quanto preponderante foram a Ilha ou o Continente para este resultado, mas é fato que este não se moveu para conter a agência daquela.

A hipótese B, por sua vez, pode ser trabalhada conjuntamente com a ideia de que, por vezes, a corte constitucional age em uma relação dialógica velada com o Executivo, especialmente em matérias que envolvam repercussão econômica. Nestes temas, a postergação do julgamento, por exemplo, de matéria tributária que envolva bilhões de reais, pode colaborar para que o governo supere problemas de ordem fiscal que afetam a economia. Em um momento posterior, ainda que a Corte venha a declarar inconstitucional um tributo federal, o volume do débito acumulado durante os anos é de tal forma grandioso, podendo impactar severamente as contas públicas, que isso legitima o uso de argumentos consequencialistas pelo STF para minorar os efeitos de sua decisão. O art. 27 da Lei 9868/99<sup>66</sup> permite à Corte modular temporalmente os efeitos de sua decisão, fixando discricionariamente uma data a partir da qual o tributo passa a ser considerado inconstitucional

---

<sup>66</sup> Eis a redação do art. 27 da Lei 9868/99:

(por exemplo, a data do julgamento do tema no tribunal) e declarando lícita a cobrança daquele tributo até este momento.

Isso ocorreu, convém relembrar, no julgamento do Recurso Extraordinário 556.664/RS, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes. O objeto da discussão era a constitucionalidade de contribuições para o sistema de seguridade social, que já vinham sendo cobradas há muitos anos. Embora houvesse reconhecido a inconstitucionalidade do tributo, a Corte modulou os efeitos de sua decisão para reconhecer como legítimos os tributos recolhidos e não impugnados judicialmente até a data de conclusão daquele julgamento. À época, o Executivo argumentou que o impacto de uma decisão desfavorável, que implicasse a potencial devolução de toda a tributação arrecadada, seria da ordem de 95 bilhões de reais.

Provocados a falar sobre o tema da modulação, os Ministros AT 02 e AT03 reconheceram que a possibilidade de modular temporalmente seus julgamentos impacta no processo decisório da Corte, o que nos permite trabalhar com a hipótese de que isso seja levado em conta na gestão que Ilhas e Continente fazem da agenda do STF:

#### **Ministro AT02**

**“O senhor acha que se regra não existisse, ela impactaria no processo decisório do supremo?”**

- Ah, impactaria, se fosse uma coisa binária muitas decisões seriam também binárias. Então isso dá uma flexibilidade, isso permite ao Judiciário, e no caso específico do Supremo, de exercer um pouco esse papel de ser um algodão entre os cristais, de poder evitar crises, ou de, ao tomar uma decisão, aumentar a crise.

**Ou seja, também é de interesse do Executivo de repente...**

- Sim, acho que é interesse não apenas do Executivo, mas de todas as partes envolvidas que haja essa modulação.”

#### **Ministro AT03**

**“Por vezes a Corte Constitucional pode auxiliar o Executivo em assuntos de interesse dele. E eu penso muito nessas questões de ordem fiscal, e como eventualmente essa modulação, se a Corte leva isso em consideração ou não.**

É. Acho que as questões fiscais não são irrelevantes. Não acho que elas devam ser decisivas, mas elas não são irrelevantes. O risco de um você ter um passivo imprevisível, eu acho que ele é eventualmente levado em conta. (...). Porém, onde há direito fundamental você não pode ser consequencialista.”

---

"Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

Por sua vez, o Ministro AT 01 reconheceu que eventualmente o próprio Executivo joga com essa dinâmica em seu favor, o que reforça nossa hipótese B:

**"Eu estou mais preocupado com o interesse político, as consequências que se extraem disso, porque isso impacta no processo decisório do Supremo, né?"**

- Principalmente eu vou retratar um quadro que serve como exemplo: na época do combate da inflação, que nós tínhamos a edição de muitos diplomas, alguns conflitando com a Constituição Federal, e não havia assim o interesse político do Executivo de retirar certos esqueletos do armário, as repercussões econômico-financeiras seriam muito graves. (...) Se sabe que a norma a ser editada é inconstitucional, mas se edita tendo-se em conta as consequências até o Supremo declará-la inconstitucional".

O que nos parece importante encarecer, em síntese, é que o STF possui um poder de controle sob sua agenda bem maior do que uma análise superficial sugeriria se o pesquisador atentasse apenas para a facilidade de meios pelos quais se pode acionar a Corte. Disso decorre que a escolha por se decidir um determinado processo é não apenas uma escolha jurídica ou de gestão administrativa da pauta, mas, ao menos nos *hard cases*, também uma escolha política.

ARGUELHES e RIBEIRO<sup>67</sup> (2018) fazem interessantes colocações sobre o tema, as quais dialogam com a forma como temos trabalhado o modo como o STF lida com a sua agenda:

"Although the court's rules of procedure limit *vistas* to a few weeks, they last more than one year on average, with some lasting for a decade or more. There is no institutional mechanism to force the case to be sent back for judgment; unsurprisingly, Justices have used this mechanism to indefinitely stall a final judgment in several cases, even when a majority of votes has already been formed. For a given decision to happen, therefore, (i) the case reporter and (ii) the Chief Justice must positively select a case, and (iii) the remaining Justices must refrain from using their veto-like power. If any of them objects to the court deciding the case, she can delay a decision for years – perhaps indefinitely, as the Brazilian Supreme Court and its members have shown not to be bound, in practice, by any deadlines. Moreover, given the STF's vast backlog, it is very costly for the press, for the parties involved, and for the other Justices to monitor which cases are being delayed and for what purposes." (grifos nossos)

---

<sup>67</sup> Este artigo foi gentilmente cedido pelos autores, por meio do Professor Diego Arguelhes, encontrando-se no prelo, para ser publicado na revista *Global Constitutionalism*, v.7, n.2, Julho 2018. Por esta razão, não mencionaremos número de página.

Não é fácil, porém, determinar o quanto esse controle da agenda da Corte pode ser debitado ao Continente ou às Ilhas. Quando linhas atrás tratamos da manipulação estratégica do fator temporal como meio de controle da agenda, já nos pareceu pertinente esta observação que ora desenvolvemos. Ocorre que a atribuição do peso de cada ator (Continente e Ilhas) neste processo é delicada porque se relaciona com bastidores de difícil elucidação. O que podemos cogitar, a partir de nossas entrevistas e da observação de casos concretos, é que em momentos nos quais o Continente conseguiu demonstrar maior coesão, para o que a condução do Presidente da Corte tem importância destacada, a influência daquele na escolha do que julgar e do que não julgar é mais significativa e constitui fator de contenção da agência das Ilhas. De outro lado, quando a Corte tende a se mostrar dividida e o Presidente não consegue (ou não pretende) ser o agente indutor da busca de consensos, se exacerba a tendência de que as Ilhas utilizem os recursos institucionais de que dispõem para influir na agenda da Corte.

Uma indagação que nos fizemos, decorrente de possíveis disputas em relação ao controle da agenda da Corte, foi o porque dificilmente as mesmas desembocam em conflitos abertos entre os Ministros, mesmo quando uma das Ilhas possua preferências decisórias diversas daquela que esteja em posição estratégica preferencial para o controle da agenda em determinada matéria.

O neo-institucionalismo da escolha racional, perspectiva que adotamos quando abordamos o STF do ponto de vista de suas Ilhas, nos auxilia a responder esta indagação. ROTHSTEIN (2000, p. 152) ensina que os custos do engajamento no processo da mudança, assim como a dificuldade de calcular os seus efeitos de longo prazo, atuam em favor da estabilidade, sem contar o fato de que o conhecimento institucional acumulado no quadro vigente também incentiva um raciocínio calculador a favor dessa estabilidade. Os Ministros têm dificuldade de questionar uma dinâmica da qual fazem parte e da qual se beneficiam (ainda que em outros casos que atraem seu interesse), dadas as dificuldades de avaliar o quanto uma mudança nas regras do jogo lhes poderia ser prejudicial.

Um exemplo talvez possa ajudar a aclarar o debate. Recentemente, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 152707, surgiu a possibilidade de se discutir se caberia *habeas corpus* contra eventual decisão monocrática de Ministro do STF. Esse HC tinha por objeto a retirada do Deputado Federal Paulo Maluf (PP-SP) do sistema prisional por razões de saúde, de modo que passasse a cumprir pena em regime de prisão domiciliar. A decisão para o cumprimento da pena tinha sido determinada monocraticamente pelo Ministro Edson

Fachin, ao passo que o HC contra essa decisão foi, por sorteio, endereçado ao Ministro Dias Toffoli.

As pesquisas brasileiras em *judicial politics* convergem para o reconhecimento de que o relator tem um papel relevante no resultado de um processo, sendo que um dos motivos para tanto é o fato de que ele possui considerável influência para definir o peso do caso na agenda da Corte. No ponto, convém relembrar, partimos da perspectiva de que o controle da agenda da Corte é uma função daquilo que foi possível analisar no imenso conjunto de casos que se escolheu priorizar. Não desconsideramos, é evidente, o papel do Presidente na fixação da pauta de julgamento, ou a possibilidade do uso estratégico de pedido de vista por algum outro Ministro, mas é certo que o Ministro relator tem peso importante nesta questão.

Pois bem: a jurisprudência do STF é contrária à impetração de *habeas corpus* contra decisões monocráticas de Ministros da Corte. Mesmo que o Ministro Dias Toffoli tenha procurado argumentar que não cassara a decisão anterior de seu colega de tribunal, pois sua decisão deferitória do HC seria motivada por quadro fático diverso (a alegada piora posterior do quadro de saúde do Deputado Federal Paulo Maluf (PP-SP)), o fato é que a discussão do tema não se deu como recurso à decisão monocrática do então relator, Ministro Fachin, mas no âmbito de um novo processo e com um novo relator designado (Ministro Dias Toffoli). O pano de fundo do debate travado era, então, a possível perda de controle que os Ministros relatores teriam sobre processos criminais e sobre o destino dos mesmos na agenda da Corte. Ainda que supostamente pudesse estar convencido do acerto da decisão do Ministro Toffoli diante do alegado novo contexto fático, chamou a atenção o fato de que o Ministro Fachin optou por não votar no novo processo relatado por seu colega, e preferiu se antecipar ao mesmo deferindo “de ofício”<sup>68</sup> um *habeas corpus* em favor de Paulo Maluf. Assim, ele provocou a perda de objeto do HC relatado pelo Ministro Toffoli.

Esse movimento do Ministro Fachin aparentemente tinha por objetivo evitar que a Corte discutisse, no âmbito do HC relatado pelo Ministro Dias Toffoli, a revisão de sua jurisprudência sobre o tema do cabimento de *habeas corpus* contra decisão monocrática de outro membro da Corte, o que poderia causar prejuízo futuro ao seu poder de agenda, em especial nos processos da Operação Lava Jato. Embora o site Jota<sup>69</sup> relate que esta ação

---

<sup>68</sup> Tecnicamente isso significa que o HC foi deferido independentemente de postulação, sob o argumento de que o magistrado se deparou com situação de ilegal constrangimento a direito do jurisdicionado.

<sup>69</sup> Segundo o site Jota, além de dizer ironicamente que o Estado de Direito não comporta Soberanos, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que “O tema do HC contra ato de relatores já está há algum tempo em debate e precisa ser revisitado mesmo. Este caso acho que é de fato referência de que pode haver, ainda que involuntariamente, abusos. É bom que haja remédio para esse tipo de coisa”. Segue o link:

atraiu protestos dos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, que queriam suscitar o debate, a maioria da Corte, e em especial o Ministro Dias Toffoli, não apresentou forte resistência ao aparente movimento estratégico do Ministro Fachin. Pensamos que, além dos evidentes alinhamentos internos produzidos na Corte pela Operação Lava Jato, outra boa hipótese para a postergação deste debate é a possibilidade de que as Ilhas tenham empreendido um raciocínio calculador, pelo qual foi percebido como arriscado o engajamento numa mudança cujo impacto global para sua atuação futura não estava devidamente assimilado.

#### **4.4 A utilização estratégica dos recursos institucionais previstos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**

Iremos, neste subtítulo, abordar os vários recursos institucionais de que dispõem os Ministros do STF para agirem estrategicamente na Corte, de modo a, dentre outros objetivos, promover a mudança institucional endógena.

##### **4.4.1 O uso estratégico de recursos institucionais pela Presidência do Supremo Tribunal Federal**

O Regimento Interno do STF, em seu art. 13, III, dispõe que cabe ao Presidente da Corte “dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir este Regimento”. Dentre aquilo que se compreende como direção dos trabalhos, encontra-se a competência para fixar a pauta de julgamentos. Cabe-lhe ainda proclamar o resultado da votação (RISTF, art. 135, parágrafo segundo), o que significa não apenas dizer a tese vencedora, mas também, em concordância com os demais membros, fixar-lhes inicialmente seus contornos. A Presidência dispõe ainda da prerrogativa política de representar o STF perante os “os demais poderes e autoridades” (art. 13, II, RISTF).

O mais importante recurso estratégico de que dispõe a Presidência da Corte é, sem dúvida, a formação da pauta de audiências. Embora seja necessário que os Ministros Relatores declarem que o processo está em condições de ser julgado para que ele possa ser incluído em pauta, se o Presidente não quiser pautar será relativamente pequena a chance de que ele, por fim, acabe constrangido a fazê-lo, pois os incentivos institucionais para tanto

são escassos. Talvez o mais relevante e efetivo incentivo seja a eventual pressão da opinião pública, mas o acervo de processos a serem julgados pelo STF é tão grande que são consideráveis as chances de que reste ao Presidente alguma margem de manobra para ao menos postergar a colocação em pauta para um momento que lhe pareça mais conveniente.

Em nossas entrevistas com Ministros aposentados e na ativa da Corte, foi possível perceber, porém, que a prática vigente é de deferência ao Ministro Relator naqueles casos em que o mesmo solicite expressamente que sejam colocados em pauta com maior rapidez. Essa cultura de deferência, por sua vez, é coerente com a dinâmica entre Ilhas e Continente que estamos buscando descrever ao longo deste trabalho, na medida em que ela exemplifica o peso da agenda pessoal de cada Ministro no processo decisório da Corte. Ela é importante também porque realça o papel do Relator como agente estratégico central nos casos em que o STF promoveu a mudança institucional endógena.

O depoimento do Ministro AP 04 retrata o que viemos de afirmar, sendo que a existência desta praxe de deferência se mostrou uma das opiniões mais coincidentes em nosso conjunto de entrevistas, a revelar uma cultura assentada na Corte:

**“ - E quem costuma pedir a pauta, regimentalmente é o relator, né?**

- Não, ele pede a pauta, mas quem põe na mesa para julgar é o Presidente.

**- Mas o Presidente costuma deferir ao relator ou é o Presidente mesmo...**

- Não, não, não, é ele, não se trata de... quer dizer, não existe uma...

**- Não sei se eu formulei bem, eu falei, por exemplo, se o senhor chegar e falar assim...**

- Eu tenho um caso urgente?

**- É. Eu quero por esse caso em mesa.**

- Sim, porque ele é urgente? Não! O hábito é que o Presidente atenda. (Inaudível), sim.

**- Ou não digo nem que ele é urgente, porque ele é relevante, porque é importante que a gente decida isso. Aí ele costuma atender?**

- É... Ao que me consta...

**- O senhor não lembra de...**

- Não, não lembro de ter...

**- De situação diferente nesse sentido.**

- Não. Não lembro."



O Ministro AT 02 caminha na mesma direção:

“(...). O maior poder do Presidente aqui é a organização administrativa do Tribunal e a pauta”

**- Mas ele costuma deferir ao relator?**

- Sim, quando você pede uma preferência geralmente entra, então isso é absolutamente normal. Olha, eu gostaria de votar esse processo porque esse processo tem uma urgência, então isso é tranquilo”

Mas o fato de ser perceptível essa cultura de deferência na formação da pauta não significa que a Presidência sempre admitirá a pretensão do Relator. Um exemplo paradigmático, até porque envolvia uma potencial mudança institucional endógena, é a não apreciação, pelo Plenário, de uma medida liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio no Mandado de Segurança 34.087<sup>70</sup>, pela qual ele determinou a continuidade da tramitação do processo de impeachment do Presidente Michel Temer, com a instalação de uma comissão parlamentar para a análise do pedido formulado.

A medida liminar foi deferida em abril de 2016, sendo que em maio o Ministro Marco Aurélio informou à Presidência estar em condições de levar o processo à apreciação do Plenário. Nesse meio tempo, a Presidência do STF era ocupada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que não colocou o processo em pauta de julgamento, embora a medida liminar tampouco estivesse sendo cumprida. Em setembro, a Ministra Cármen Lúcia tomou posse na Presidência, sendo que em dezembro o Ministro Marco Aurélio oficiou a Presidência da Câmara dos Deputados e a Presidência do STF pedindo providências para o cumprimento da liminar que deferira. O órgão legislativo respondeu que a liminar trazia “elevado ônus institucional” e solicitou que ela fosse submetida antes ao Plenário. Todavia, até o presente momento isso não aconteceu e não há sinais de que acontecerá durante a Presidência da Ministra Cármen Lúcia<sup>71</sup>.

Não é objetivo deste trabalho analisar as razões específicas da recusa de dois Presidentes do STF a colocar em pauta de julgamento esse processo, até porque uma análise do papel da Corte na crise política atual certamente demandaria uma agenda de pesquisa autônoma. Todavia, este exemplo mostra que se o Presidente não concorda com uma ação de outro Ministro, ele dispõe de um recurso estratégico de bloqueio importante. Ele demonstra também que a mudança institucional endógena não é buscada a todo momento

---

<sup>70</sup> O fundamento do pedido de impeachment é o fato de que Michel Temer, na Presidência interina durante viagem de Dilma Roussef, assinou decretos de suplementação orçamentária idênticos aqueles que resultaram no impeachment da então Presidenta da República.

<sup>71</sup> A propósito, cumpre anotar que, após pesquisa na internet, não nos foi possível localizar qualquer resposta pública da Ministra Cármen Lúcia ao ofício do Ministro Marco Aurélio.

pela Corte e que ela depende também, além da conjuntura favorável, da interação entre atores internos para lograr sucesso; aqueles mais habilidosos para formar maiorias internas e aproveitar as oportunidades da conjuntura provavelmente obterão maior sucesso.

O episódio recente do *habeas corpus* que envolveu o ex-Presidente Lula também ajuda na demonstração do que afirmamos. Havia, concomitantemente ao HC, a pretensão do Ministro Marco Aurélio de que fossem colocadas em votação duas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC 43 e ADC 44) das quais era relator, e que discutiam o tema da prisão após a condenação em segunda instância abstratamente, e não no processo do ex-Presidente Lula ou de qualquer outra pessoa. A Ministra Carmen Lúcia se recusara inicialmente a pautar tanto as ADC relatadas pelo Ministro Marco Aurélio, quanto o HC impetrado em favor do ex-Presidente Lula. O fato é que somente a pressão de um grupo de Ministros, que ameaçavam solicitar a votação de uma inusual questão de ordem para obrigar a Presidenta a pautar um processo, é que foi capaz de levar a Ministra Carmén Lucia a ceder, ainda que parcialmente. Ela então pautou o HC do ex-Presidente Lula e deixou de lado as ADC que tratavam abstratamente do tema, na aparente esperança de que, ao personificar o debate, pudesse impor maior constrangimento ao Plenário em julgar contra a sua preferência decisória.

Se é fato que o Ministro Marco Aurélio, desta vez, conseguiu obter na Corte apoio suficiente para ao menos constranger a Presidenta a ceder parcialmente, a “vitória estratégica”<sup>7273</sup> da Ministra Carmen Lucia demonstra o poder da Presidência quando resolve usar de modo muito personalista suas atribuições. Não pudemos deixar de notar, porém, que quando uma Ilha começou a abusar do uso de seus recursos institucionais, o Continente se movimentou para controlar seus movimentos e obrigou-a a ceder parcialmente, em ordem a possivelmente evitar uma derrota ainda maior. Pensamos que os fatos ocorreram numa sequência coerente com a dinâmica que descrevemos anteriormente, que revela uma

---

<sup>72</sup> O Ministro Marco Aurélio, na sessão de votação do HC do ex-Presidente Lula, ao perceber a derrota em tema que lhe é caro (a manutenção de sua visão do que seja o princípio da presunção da inocência), afirmou seu arrependimento por não haver forçado a votação da questão de ordem (segundo ele, em respeito à Presidência, e não à sua ocupante eventual) e requereu publicamente que constasse nos anais do Supremo Tribunal Federal que “venceu a estratégia” da Ministra Carmén Lúcia. A Presidenta da Corte não deverá pautar o tema novamente até o fim de seu mandato, e tampouco acreditamos que o Ministro Marco Aurélio se movimente para forçar a votação da ação da qual é relator porque, como ator estratégico que é, sua leitura provavelmente será a de que suas chances de sair vitorioso na votação será maior após as eleições presidenciais de 2018.

<sup>73</sup> Ainda que esse “arrependimento” eventualmente tenha um caráter meramente retórico, uma vez que é possível o Ministro Marco Aurélio não tenha pedido a votação da questão de ordem por não ter maioria para prevalecer (observação perspicaz que atribuímos e agradecemos ao Professor Diego Werneck Arguelhes), é de se notar que o pedido de inscrição nos anais, na cultura interna da Corte, constitui severa crítica à atuação da Presidenta, e que afinal ela acabou tendo de pautar algum dos processos envolvendo o ex-Presidente Lula.

ação concertada entre Ilhas e Continente para aumentar seus poderes, pela qual este último funciona como uma instância revisora dos abusos em que aquelas eventualmente incorrem no exercício de sua ampla liberdade decisória de como empregar seus recursos institucionais.

Voltando ao exemplo do Mandado de Segurança 34.087 (Impeachment do Presidente Michel Temer), ele ainda sublinha a importância do contexto político favorável para permitir a mudança institucional endógena via *conversion*, conforme destacamos no segundo capítulo. Afinal, a possibilidade de que o STF passasse a dispor da competência para determinar a instauração de processo de impeachment contra o Presidente da República constituiria substancial mudança institucional endógena, ao retirar do Presidente da Câmara dos Deputados a estratégica exclusividade dessa atribuição. Isso não aconteceu porque a decisão, acaso confirmada pelo Plenário, muito provavelmente geraria uma grave crise institucional num contexto em que o Presidente da República ainda dispunha de maioria parlamentar e em que o Presidente da Câmara dos Deputados se apresentava como seu aliado; embora seja muito pouco provável, talvez outra conjuntura em que fosse necessária a atuação do STF como válvula de escape para um impasse político de grandes proporções levasse a atual Presidenta da Corte a pautar esse processo, quando eventualmente uma mudança institucional endógena dessa magnitude pudesse se viabilizar.

Com relação às demais competências, a representação da Corte perante os outros Poderes é um recurso estratégico que pode ser utilizado pela Presidência de diversas maneiras, inclusive para a obtenção de medidas legislativas que alterem o desenho institucional do STF. No que pertine à mudança institucional endógena, ela pode ser usada internamente como um fator catalisador de unidade a partir de uma ação do Presidente da Corte que leve os Ministros a respaldar uma dada posição.

Em nossas entrevistas, o que pudemos inferir é que, embora haja uma cultura de respeito ao Presidente de turno no sentido de que ele é quem fala em nome da Corte, isso não tolheria nenhum Ministro a se manifestar publicamente se entendesse necessário. Esse achado é coerente com a dinâmica entre Ilhas e Continente que descrevemos ao longo da tese, na medida em que novamente demonstra a relativa liberdade para a agência das Ilhas e reserva ao Continente uma espécie de papel corretivo dos seus excessos, de reposicionamento da Corte em situações mais agudas.

A propósito, por representativa, a manifestação do Ministro AP 02:

**“- Até que ponto um Presidente da Corte impõe a marca dele, ou ele apenas verbaliza, vocaliza, o que é o sentimento do colegiado?”**

- O Presidente do Supremo Tribunal Federal, ele simplesmente lidera, ele não tem condições de impor a sua vontade, se ele quiser fazê-lo cai do cavalo... (risos). Porque são homens experimentados, experientes, homens que tem realmente saber jurídico, que já tem uma vida pública. (...) Ele verbaliza aquilo que ele sente que é a vontade da maioria. Se ele é um bom observador, ele então se realiza."

Também o Ministro AT 02 se manifesta aparentemente em linha com o que defendemos:

**"- O Presidente da Corte, ele costuma exercer a presidência plenamente, do ponto de vista da representação institucional da Corte, mesmo em questões em que eventualmente possa ter algum embate com outro poder, ou, em geral, a cultura da Corte seria mais desse presidente procurar se respaldar antes de tomar uma atitude?"**

- Isso vai do perfil de cada presidente. Por aqui existe, vamos dizer assim, um pacto tácito, que nunca foi conversado, mas é o seguinte: todo mundo aqui ou foi, ou é ou vai ser. Então se respeita muito quem está na presidência. Então se respeita muito, você pode até discordar às vezes de uma manifestação, de uma declaração, mas você não vai contrastar em público esse posicionamento. Então aqui você tem aqui essa tradição. Você tem essa tradição de que quem é presidente está falando em nome da instituição. Depois cada qual pode até falar em nome pessoal, mas quem fala em nome da instituição é o presidente.

**- Isso é bem demarcado...**

- É bem demarcado, porque tem essa tradição do rodízio, que é salutar, que é uma cultura. Então obviamente que isso que você pergunta vai depender do perfil de cada presidente, tem perfil de presidente que debate mais a pauta, tem perfil de presidente que estabelece a pauta como lhe dá direito o regimento, e isso faz parte, mas todo mundo se conversa "olha, essa pauta está muito pesada, essa pauta aqui vamos fazer menor", são balizamentos que são dados, mas há um respeito muito grande à figura do Presidente. (...). Agora, o Presidente aqui é mais um entre os onze. (...). Ele tem que ser mais ponderado, muitas vezes ele tem até que se despir da sua posição pessoal para tomar uma solução que seja uma solução melhor, por exemplo, para a instituição. Então o Presidente, ele mais cede do que exerce o poder. Então aqui a posição do Presidente é uma posição muito igual. (...).

#### **4.4.2 O uso estratégico de recursos institucionais pelos Ministros Relatores**

Ao Relator do recurso ou do processo que já se inicia no STF cabe, dentre outras atribuições, a estratégica competência de "... pedir dia para julgamento dos feitos nos quais estiver habilitado a proferir voto" (RISTF, art. 21, X). Ao Relator também é permitido determinar medidas cautelares de urgência, "... *ad referendum* do Plenário ou da Turma" (RISTF, art. 21, V). Outro poder do Relator<sup>74</sup> é negar seguimento, ou julgar ele mesmo (ou seja, sem manifestação do plenário), os recursos naqueles casos em que a jurisprudência dominante

---

<sup>74</sup> A redação deste dispositivo é um pouco mais complexa, mas para os nossos fins o que importa é apreender a ideia simplificada com que trabalhamos.

do STF esteja sendo desrespeitada. O Relator pode, em caso de urgência, indicar ao Presidente da Corte "... preferência para o julgamento", o que poderá ou não ser acatado por este último. O Relator, quando pede dia para o julgamento ou apresenta o feito em mesa (indicando que ele está em condições de ser julgado), deverá indicar "... se o submete ao Plenário ou à Turma, salvo se pela simples designação da classe fixado o órgão competente" (RISTF, art. 21, parágrafo terceiro).

O mais destacado recurso institucional dos Ministros relatores é, sem dúvida, o seu poder de agenda. Afinal, a Ilha pode postergar estrategicamente um dado julgamento caso entenda que sua preferência decisória não se alinha com a de seus pares. Também outros fatores podem interferir em sua atuação, como a percepção da opinião pública sobre o tema ou o eventual interesse de outros atores políticos (v.g. o Executivo interessado na postergação do exame de matéria com relevante impacto fiscal).

SILVA (2015), em interessante trabalho balizado em entrevistas com Ministros do STF (aposentados e na ativa), anota:

"Por fim, alguns ministros atribuíram funções adicionais ao relator que não simplesmente "balizar o debate". A principal delas seria o seu poder de agenda. Assim, o ministro F salienta o papel estratégico na definição de quando um caso deve entrar na pauta de julgamentos:

*"O relator administra a tese que ele tem sob julgamento com o tempo. Se ele for uma pessoa de visão tática, aí é uma questão não estritamente técnico-jurídica, mas que faz parte da formação do ser humano e também de quem chegou à Suprema Corte, de saber o seguinte: "olha esse não é o momento de eu levar tal tema". [...] Eu, por exemplo, eu não me surpreendi que o ministro Marco Aurélio não tenha trazido a anencefalia antes da aposentadoria do ministro Eros Grau."*

A mesma ênfase foi dada pelo ministro E, que, além de simplesmente mencionar que o relator tem o poder de definir quando os processos sob sua relatoria devem ser liberados, explicitamente relaciona esse poder com a deliberação:

*"O relator tem um papel quase absoluto quanto à agenda, porque o processo só vai a julgamento a partir do momento em que ele resolve levar o processo a julgamento. [...] Esse é um poder grande de supressão da discussão."*

O protagonismo dos Ministros relatores no destino final dos processos submetidos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal não se dá apenas em relação ao seu poder de agenda, mas também em seu resultado final de mérito. Este é um dado já observado em várias pesquisas no campo da *judicial politics*. De fato, há uma manifesta tendência de que o voto do Ministro relator seja seguido pelos demais Ministros, até mesmo porque é aquele que mais profundamente examinou o caso, de modo que ele é um bom preditor do resultado final do processo.

Todavia, pensamos que esta tendência, conquanto possa ser generalizável, se manifesta com menos ênfase nos *hard cases* submetidos à Corte. ARAÚJO (2017, p. 93) corrobora esse entendimento, ao destacar que os casos onde são encontradas menos votações unânimes e maior tendência ao dissenso correspondem a "... conflitos políticos mais intensos, nos quais as partes envolvidas são igualmente fortes e que geralmente estão relacionados a divergências na corte, fazendo com que as decisões representem soluções de compromisso".

Nestes casos, além de dispor de seu poder de agenda, a Ilha pode se ver tentada a coordenar esse recurso com outros à sua disposição. Essa ação estratégica poderia vir associada, por exemplo, à possibilidade de concessão de medidas liminares monocraticamente, a serem posteriormente referendadas pela Turma ou pelo Plenário. Como nesse caso a Ilha pode, ao menos num primeiro momento, impor livremente sua preferência decisória, a colocação do processo em pauta passaria a ser um recurso estratégico ainda mais relevante porque muitas vezes o fator tempo poderia jogar a favor do Relator para consolidar uma situação de fato que seja posteriormente de mais difícil reversão.

É importante observar que essa nova situação factual gera uma outra correlação de forças no Plenário, pois eventualmente o custo (para a Corte) de reversão daquela decisão provisória será muito alto, hipótese em que então a Ilha estará usando estrategicamente um recurso institucional para prevalecer sobre uma discordância do Continente que ela antevira como possível (e eventualmente provável).

ARGUELHES e RIBEIRO (2018) caminham em linha com o cenário que descrevemos, ao destacar que

"Individual rulings are included in the system as a mechanism to protect and guarantee, in an emergency, the plenary court's possibility of making a decision before irreparable harm is done. In practice, however, they can be used for the opposite purpose: to make an individual decision and prevent the plenary court from having a say on the issue, or at least to guarantee that the plenary court will have to decide when the *status quo* has already been transformed in the direction desired by the individual judge."

Há atualmente uma desenvolvida agenda de pesquisas da Fundação Getúlio Vargas (Projeto Supremo em números) que aponta para a alta proporção de decisões do STF que são tomadas monocraticamente<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Em artigo no site JOTA (<https://jota.info/artigos/a-monocratizacao-do-stf-03082015>), Diego Arguelhes e Ivar Hartman exemplificam com alguns dados: "Segundo dados do projeto *Supremo em Números*, da FGV *Direito Rio*, em todos os tipos de processos julgados pelo Tribunal, o percentual médio de decisões monocráticas entre 1992 e 2013 fica em 93%." E adiante: "A queda na concentração de decisões colegiadas no controle abstrato tem sido uma constante nos últimos 25 anos. Há quase 20 anos, menos de 60% das decisões

É possível argumentar que esses dados não necessariamente refletem o poder político dos Ministros porque parcelas substanciais desses casos não dizem respeito a *hard cases* (aqueles que fundamentalmente definem a capacidade de uma corte constitucional intervir na arena política), e outras ainda representam o exercício de tipos de jurisdição (como a criminal) que não são típicas de uma corte constitucional, originadas de uma disfunção do desenho institucional brasileiro. Todavia, convém lembrar que tem sido cada vez mais usual o deferimento de medidas liminares de natureza monocrática em casos de grande repercussão política, com gravíssimas repercussões de ordem institucional, sem que o colegiado seja instado a se manifestar sobre elas no momento de sua prolação, como seria recomendável.

A decisão do Ministro Gilmar Mendes, impedindo a nomeação do ex-Presidente Lula para o Ministério da Casa Civil da Presidenta Dilma Roussef, é um exemplo paradigmático do que se acaba de afirmar. O STF, por medida liminar jamais apreciada por seu Plenário, interferiu na livre escolha dos auxiliares da Presidência da República, um ato de nítida natureza política. Também o afastamento do Senador Aécio Neves (PSDB/MG) do exercício do mandato foi decidido monocraticamente pelo Ministro Edson Fachin, sem que o mesmo se sentisse constrangido em buscar no Plenário a legitimação para uma decisão de tamanha repercussão institucional e política, ao contrário do precedente relatado pelo Ministro Teori Zavascki no caso Eduardo Cunha (quando então alguns Ministros, inclusive o Relator, fizeram inúmeras ressalvas acerca da excepcionalidade da medida). Redistribuído o processo por razões processuais, o novo relator, Ministro Marco Aurélio, reformou a decisão também sem inicialmente levar a mesma ao exame do órgão colegiado. Quando o fez, surpreendentemente afetou o caso à Primeira Turma, quando o esperado seria o Plenário<sup>76</sup> em razão da gravidade da medida.

A potencial reação desfavorável de atores externos nos parece ser um fator a ser pesado pelo magistrado, mesmo aquele que não tenha a opinião pública e/ou o meio político como suas audiências preferenciais. Por conta disso, trabalhamos com a hipótese de que é mais provável que decisões monocráticas de forte repercussão política sejam tomadas em contextos nos quais a capacidade de reação de potenciais atores externos seja mitigada por divisões ou interesses contraditórios que atraiam apoio ao menos parcial em favor do magistrado. A capacidade de articulação de pressões externas à Corte também

---

de mérito, em média, são tomadas pelo colegiado. Em 2013, foram menos de 30%. As liminares, por sua vez, estão há 5 anos na faixa de 10% de decisões coletivas."

<sup>76</sup> O tema acabou eventualmente decidido pelo Plenário, mas apenas como recurso contra a decisão da Turma.

parece ser fator relevante para que os Ministros mobilizem ou não outros recursos institucionais importantes, como a colocação ou não do processo em pauta de julgamento e a utilização de pedidos de vista. Quanto maior a atenção que um determinado tema tenha para os demais Poderes ou para a opinião pública, mais difícil será para o Ministro não submeter sua medida liminar monocrática ao Plenário, ou um pedido de vista paralisar o processo indefinidamente.

Convém refletir, porém, porque esse comportamento, conquanto severamente criticado por constitucionalistas e/ou cientistas políticos<sup>77</sup>, não tem encontrado no Continente um obstáculo efetivo para a ação das Ilhas. SHEPSLE (2006, p. 32) anota que nos jogos descritos pelos adeptos da escolha racional, como os do dilema do prisioneiro, um elemento há muito percebido é o fato de que a repetição dos mesmos influencia nos resultados posteriores. Como o jogador sabe que aquele jogo já foi praticado antes, ele leva em conta o modo como a disputa ocorreu nas vezes anteriores e orienta sua atuação segundo este critério; assim, o jogo de hoje, anota Shepsle, determina não apenas sua compensação hoje, mas também as escolhas dos outros jogadores na rodada seguinte.

Nessa linha, há que se notar que o uso de medidas liminares monocráticas, o controle da pauta pelo Presidente, o pedido de pauta ao Presidente feito pelo Ministro relator do processo, ou ainda a mobilização de pedidos de vistas por parte de algum outro Ministro votante, são mecanismos muito disseminados na cultura da Corte, de modo que todos os Ministros agem sabendo que qualquer ato que invista mais fortemente contra esta cultura institucional prejudica o cálculo dos resultados futuros e poderá lhes colocar em situação desvantajosa quando pretenderem se utilizar do mesmo recurso estratégico.

Um dado relevante que parece corroborar essa abordagem é o que aconteceu no julgamento da ADPF 4502, proposta pelo partido Rede Sustentabilidade, e que tinha por objetivo impedir parlamentares que fossem réus em processos criminais de ocupar a linha de sucessão da Presidência. O relator do processo, Ministro Marco Aurélio, já tinha apresentado seu voto pelo acolhimento integral da tese proposta pela Rede Sustentabilidade, no sentido de que os ocupantes da linha sucessória não podiam ser réus em processo criminal, haja vista haver disposição semelhante que impunha o afastamento do Presidente

---

<sup>77</sup> As críticas são diversas, não nos parecendo seja o caso tratá-las exaustivamente porque demandariam uma análise de natureza predominantemente normativa, que não é nossa preocupação central. Todavia, convém rapidamente elenca-las, para propiciar ao leitor uma compreensão de onde se situam: a) o uso indiscriminado de medidas liminares monocráticas é criticado porque, por vezes, implica uma usurpação tácita da competência do plenário; b) por conta disso, também minam a credibilidade do STF perante o público externo; c) produzem insegurança jurídica em razão da maior probabilidade de serem alteradas no futuro, ao contrário de uma manifestação, ainda que liminar, do plenário; d) facilitam comportamentos facciosos de Ministros em matérias que envolvam disputas políticas.



da República caso se tornasse réu em processo criminal (CF/88, art. 86). Seis entre onze Ministros já haviam votado no mesmo sentido, mas a votação não tinha chegado a se encerrar devido a um pedido de vista do Ministro Dias Toffoli; pedido de vista que, na interpretação de muitos, visava justamente esperar o fim do mandato, como Presidente do Senado, do Senador Renan Calheiros (PMDB-AL), que seria diretamente atingido por uma votação desfavorável. Todavia, quando o Ministro Marco Aurélio<sup>78</sup> se apoiou nessa maioria provisória para, em um segundo momento, decidir monocraticamente pelo afastamento do Presidente do Senado, ele acabou desautorizado pela mudança de entendimento de Ministros (com destaque para o decano Celso de Mello) após o parlamentar claramente se recusar a cumprir a decisão individual do Ministro relator até que ela fosse confirmada pelo Plenário.

O que é interessante notar nessa decisão, para os nossos propósitos imediatos, é que, embora impondo vexatória derrota ao Ministro Marco Aurélio, vários Ministros fizeram questão de defender o seu direito de decidir monocraticamente como havia feito. Esses comentários, contudo, não podem ser entendidos apenas como afagos corporativistas ao colega desautorizado pelo Plenário. Eles representavam, acima de tudo, a reafirmação da validade e da legitimidade política do uso de um recurso institucional extremamente importante para as Ilhas: a possibilidade de decidir monocraticamente questões de grande repercussão que, por vezes, interferem claramente em políticas públicas, na relação entre os Poderes ou no desenho institucional brasileiro. Naquela ocasião os Ministros reafirmaram, para si próprios e para atores externos, que sua “regra do jogo” continuava válida, de maneira que estariam mantidos os incentivos para que não se investisse contra a cultura institucional vigente na Corte, de empoderamento das Ilhas em face do Continente.

O episódio, porém, deixa claro também que o Continente, em que pese o empoderamento das Ilhas, não deixa de jogar um papel importante na arena política, contribuindo para o jogo de "ganha-ganha" que mencionamos na introdução dessa tese. É que o Plenário, de certo modo, deixa de funcionar como a instância política com a qual o Legislativo e o Executivo têm de se haver na concepção tripartite de Poderes, competência essa que lhe seria normalmente atribuída em uma democracia constitucional, para eventualmente atuar como uma espécie de “instância recursal”, ou uma “instância mediadora”, entre as Ilhas e os demais Poderes. Essa lógica de ação permite ao Continente ter a oportunidade de co-

---

<sup>78</sup> Convém anotar que as pesquisas em *judicial politics* tem apontado para um padrão decisório bastante diverso do Ministro Marco Aurélio em relação a seus pares. Uma forma de ler estes dados é compreender o Ministro como uma Ilha mais isolada do Continente, e, portanto, com maior tendência a tomar decisões sem assegurar o suporte de seus pares e, assim, de sofrer derrotas em Plenário.

ordenar recuos estratégicos (como na ADPF 4502) menos danosos à sua legitimidade institucional, pois reformar a decisão de uma Ilha é uma opção menos prejudicial do que o próprio Continente se ver desautorizado e/ou ter de se desdizer. De outro lado, esta lógica não retira das Ilhas a possibilidade de, por obra de sua agência, influírem na arena política com uma autonomia que dificilmente se poderia conceber em outras cortes constitucionais.

A possibilidade regimentalmente prevista de indicar o julgamento para a Turma ou para o Plenário também é outro recurso institucional importante de que dispõem as Ilhas (RISTF, art. 21, parágrafo terceiro). Esse recurso institucional permite ao Relator<sup>79</sup> eventualmente manobrar para que o processo seja apreciado pelo órgão colegiado que sua percepção estratégica aponte como mais conveniente para fazer prevalecer sua preferência decisória. Há que se recordar que a dinâmica pela qual as Ilhas detêm uma grande liberdade de ação em relação ao Continente também tem aqui também um papel relevante, pois a decisão de afetação do processo pelo Ministro Relator não costuma ser questionada por seus pares.

Recentemente vivenciamos um exemplo paradigmático de uso deste recurso institucional estratégico. Trata-se da evidente disputa travada no âmbito da Segunda Turma entre o Ministro Edson Fachin, relator dos processos da Operação Lava Jato, e os demais membros do colegiado, notadamente os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Em um dado momento a Segunda Turma passou a agir de modo mais rigoroso em relação às “alongadas prisões que se determinam em Curitiba”, como as qualificou o Ministro Gilmar Mendes. Como consequência, *habeas corpus* em favor de três réus foram deferidos, inclusive para José Dirceu, ex-Presidente do PT.

O Ministro Edson Fachin pouco dias depois afetou ao Plenário o *habeas corpus* de outro importante ex-quadro petista, Antônio Palocci. Todavia, o caso não continha, em princípio, questão típica para ser apreciada pelo Plenário. Lendo-se a decisão do Ministro Fachin, observa-se que tampouco foi utilizada qualquer argumentação para justificar essa mudança de entendimento; a possível controvérsia sobre o motivo pelo qual casos em princípio muito semelhantes tiveram tratamento diferente foi simplesmente ignorada, e o regimento foi mecanicamente aplicado. O fato suscitou a justificada percepção de que se tratava de um movimento estratégico do Ministro Fachin para contornar a sua situação minoritária na Segunda Turma, contando em fazer prevalecer suas preferências decisórias no Plenário. O movimento ainda tinha outra consequência: a mudança da competência para a

---

<sup>79</sup> Convém ressaltar, porém, que segundo o regimento há determinadas classes de ação para as quais o uso deste recurso institucional estratégico é vedado, uma vez que nesses casos a afetação ao Plenário é obrigatória (como, por exemplo, as ações diretas de inconstitucionalidade).

fixação da pauta de julgamento, que passou da Presidência da Segunda Turma (à época ocupada pelo Ministro Gilmar Mendes) para a Presidência da Corte<sup>80</sup> (ocupada pela Ministra Cármen Lúcia).

Esse movimento estratégico, porém, suscitou duros questionamentos de alguns Ministros, que buscavam limitar a liberdade de ação do Relator para decidir quando afetar ao Plenário processos que normalmente seriam examinados pela Turma. Na ocasião, os demais Ministros, coerentemente com a mencionada lição de SHEPSLE (2006), optaram por não modificar as regras do jogo que praticam e cujos resultados conhecem, reafirmando a liberdade da Ilha de escolher o órgão colegiado a que afetaria a decisão do processo sem se submeter a critérios mais estritos de justificação. No entanto, a tensão entre o meio político e a Corte é tão grande nessa quadra histórica que talvez seja questão de tempo para que o Continente tenha que novamente atuar como “instância mediadora”, impondo uma derrota a alguma Ilha que eventualmente se utilize de seus recursos institucionais estratégicos em uma intensidade que não possa ser endossada como mero cumprimento das regras do jogo.

#### **4.4.3 O uso estratégico de recursos institucionais pelos demais Ministros do Supremo Tribunal Federal**

Quanto aos recursos institucionais de que dispõem os demais Ministros do STF, o mais destacado é o direito de pedir vista dos autos durante um julgamento, cabendo-lhes devolver o processo “... até a segunda sessão ordinária subsequente” (RISTF, art. 134). Eles poderão ainda antecipar os seus votos, deixando de observar a ordem regimental de votação (que é ordenada do Ministro mais novo para o mais antigo), mas isso somente “... se o Presidente autorizar” (RISTF, art. 135, parágrafo primeiro).

Formalmente concebido para permitir que um magistrado suspenda o julgamento do processo para dele melhor se inteirar e refletir antes de proferir sua decisão (discordando do relator ou compondo uma corrente divergente), o pedido de vista também tem sido eventualmente usado como um recurso institucional estratégico para suspender a votação de julgamentos por motivos que compõem mais um juízo político de conveniência e oportunidade do magistrado do que um juízo jurídico de formação de seu convencimento sobre o

---

<sup>80</sup> Convém anotar que, conquanto o exame de *habeas corpus* tenha preferência legal, ainda mais se o réu estiver preso, isso não aconteceu no caso do ex-Ministro da Fazenda Antônio Palocci. O *habeas corpus* em questão levou cerca de 11 meses para ser julgado, fato que se deu inclusive após o exame do célebre *habeas corpus* impetrado pelo ex-Presidente Lula, que à época sequer se encontrava preso para justificar a preferência de seu julgamento.

direito em discussão. As hipóteses para essa ação estratégica são inúmeras, nos parecendo as mais recorrentes a possibilidade de o Ministro entender que sua posição será minoritária, porque considera que o contexto político desaconselha a conclusão do julgamento naquele momento, ou ainda porque conta com o fator tempo para consolidar a situação de fato que está em julgamento e tornar mais difícil sua reversão.

Essa percepção foi corroborada de modo velado por alguns Ministros entrevistados para essa tese, dois dos quais inclusive dando a entender que semelhante prática, quando caracterizada, é jocosamente apelidada como “perdido de vista” na cultura interna da Corte. Dado interessante é que nenhum magistrado assume ele próprio haver incidido neste tipo de prática, mas vários reconheceram a existência eventual desta prática na Corte.

A transcrição deste trecho de entrevista é exemplar de como eles têm consciência dos elementos estratégicos que podem envolver essa questão, uma vez que o Ministro entrevistado (Ministro AT01), embora negando haver feito isso pessoalmente, mencionou os fatores tempo e quórum espontaneamente:

**“ - O caso lá do XXX, do Ministro YYY, o pedido de vista pode ter algum outro tipo de finalidade ou aquele foi um caso muito específico?”**

- De fato às vezes isso pode ocorrer, mas na minha vida de juiz eu jamais vi o pedido de vista como uma forma de manobrar o fator tempo ou manobrar até o quórum do dia da assentada.” (nota: processo e nome omitidos para dificultar a identificação do entrevistado)”

Interessante também os relatos dos Ministros AT03 e AP01:

**Ministro AT03**

**“- Eu sei que o pedido de vista, normalmente, se pede porque se tem dúvida no processo, né? Só que eu já escutei de outros Ministros que entrevistei a expressão jocosa “perdido de vista”...**

- Ahamm (nota: em tom de quem conhece a expressão)

**- E outro também falou como tática quase parlamentar. A percepção do senhor é de que isso eventualmente ocorre na Corte?**

- Acho que sim, não é a regra, mas acho que sim.

**- Só, digamos, em hard cases...**

- É, ocorre, eu nunca fiz. Às vezes você tem... Eu não gosto de julgar o que fazem meus colegas, entendeu? Eu não peço vista para... parar o jogo. Eu peço vista quando tenho dúvida ou eventualmente pode haver matérias que o momento não é o ideal. Eu vou te dar um exemplo. (...) (nota: suprimido para evitar identificação do entrevistado). Não era o momento ideal para decidir isso, não havia distanciamento crítico. Então eu mesmo pedi vista, um pouco porque a questão é delicada e eu queria estudar, e um pouco porque talvez não era o melhor momento mesmo.”

**Ministro AP01**

**“- Porque se pede vista? É óbvio, até por ser juiz eu sei disso, já fui assessor de desembargador, que em 90% dos casos é porque se tem dúvida, motivo primário.**

- Sim, ela é criada para os casos de dúvida, perplexidade, necessidade de estudar...

**- Mas eventualmente ela é usada com outras...**

- Como tática, né? Como tática quase parlamentar... (risos).

**- Eu já tinha pensado essa expressão...**

- Eu já cheguei, em alguns tópicos de discussão mais nervosas, dizer, em relação ao meu amigo, Ministro XXX, YYY pouco, mas XXX seguramente algumas vezes interrompeu a discussão.

**- Não por acasos egressos do parlamento...**

- Então, já com toda uma vida parlamentar, e depois de governo. Mas, bem, aí vem o ZZZ... (risos) É isso aí, você que está estudando o Supremo de hoje sabe melhor do que eu.” (nota: nomes omitidos para dificultar a identificação do entrevistado)

Mas não apenas entrevistas sigilosas corroboram essa assertiva. O Ministro Gilmar Mendes<sup>81</sup>, por exemplo, já reconheceu publicamente ter pedido vista da ADI 4650/DF, que tratava da proibição de financiamento privado de empresas em campanhas eleitorais, com o objetivo de proporcionar uma maior “reflexão” sobre as consequências daquela decisão; a reflexão, contudo, certamente não seria dele, uma vez que, mesmo tendo retido os autos por mais de um ano, o Ministro, nesse período, deu várias declarações públicas contrárias à tese proposta na ADI, deixando claro que não tinha dúvida sobre sua posição em relação a questão jurídica envolvida no processo.

Como se pode intuir, a possibilidade de uso estratégico deste recurso institucional é maior nos *hard cases*, aqueles processos de grande repercussão econômica, social ou política. Portanto, na grande maioria das vezes em que um pedido de vista é apresentado, sua motivação realmente tem conexão com situações em que há a busca de maiores subsídios para se decidir. Pelo conjunto de comentários das entrevistas, nossa percepção é a de que o grande número de processos a serem decididos de fato impossibilita os Ministros, em várias ocasiões, de se sentirem adequadamente informados e seguros para decidir. A TV Justiça também parece colaborar para esta tendência, segundo pudemos inferir nas entrevistas, dadas algumas referências à possibilidade de que a audiência considere que o Ministro não sabe bem sobre o que está decidindo.

---

<sup>81</sup> Em entrevista concedida ao site Consultor Jurídico no dia 24/04/15, o Ministro Gilmar Mendes deu as seguintes declarações: “É chato esse papel que eu fiz de pedir vista dos autos, mas eu o fiz com grande consciência”; “Hoje, quando formos discutir sobre isso, saberemos muito mais sobre questões importantes, como o que vem sendo exposto na [operação] ‘lava jato’, por exemplo”. <http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/gilmar-mendes-pedido-vista-amadureceu-debate>

A utilização do pedido de vista como "tática quase parlamentar", na precisa formulação de um entrevistado, é um instrumento que costuma ser aceito pelas demais Ilhas porque se insere na mesma lógica de observância das regras do jogo da qual elas se beneficiam em outros contextos (SHEPSLE, 2006). Naturalmente há momentos em que esse movimento estratégico pode não ser bem recebido por outros Ministros, mas isso não parece constituir motivo suficiente para alteração da dinâmica que sustenta a relação entre Ilhas e Continente, de modo que tem se mostrado muito difícil a imposição endógena de limites institucionais mais rígidos para a atuação dos Ministros.

Todavia, a percepção negativa quando um Ministro parece abusar de sua liberdade no uso deste recurso institucional estratégico pode eventualmente ser sancionada pela utilização de outro mecanismo de ação de que dispõem as Ilhas: a antecipação de voto (RISTF, art. 135, parágrafo primeiro).

A antecipação de voto, convém frisar desde logo, não é um mecanismo de uso corriqueiro pelos Ministros do STF<sup>82</sup>; diga-se, aliás, em nenhuma outra Corte. Os magistrados costumam prestigiar alguns códigos informais dos Tribunais a que pertencem, e dentre estas práticas costumeiras usualmente acolhidas está a cortesia de não manifestar seu voto se um colega que lhe antecede pede vista dos autos. A explicação está na possibilidade, pressuposta no gesto do pedido de vista, de que o magistrado apresente um voto com uma perspectiva diferente daquela com a qual o colegiado trabalhava até o momento, perspectiva esta que poderia teoricamente influenciar o convencimento dos colegas seguintes (e mesmo dos anteriores, que podem retificar o voto). Cuida-se, pois, de uma deferência ao colega que pediu vista dos autos, por ter dúvida sobre como julgar o tema e/ou porque pretende elaborar um voto em outra direção.

Quando um Ministro da STF decide antecipar o seu voto, ele então pode estar pretendendo enviar duas mensagens: o seu convencimento já está de tal modo firmado que nada do que o colega que o precede venha a argumentar poderá ser capaz de alterá-lo (conduta inusual, é bom notar); ou o pedido de vista foi considerado como um uso indevido deste recurso institucional a que não se pretende aquiescer tacitamente.

Na segunda hipótese, a antecipação constituiria um juízo velado de reprovação do gesto estratégico, e um modo de constranger a Ilha a não forçar os limites do jogo com um pedido de vista que dure um tempo muito maior do que o aceitável por outras Ilhas. Em

---

<sup>82</sup> Infelizmente não foi possível fazer um levantamento estatisticamente orientado para demonstrar o que se acaba de afirmar. Basta, porém, consultar os informativos semanais de jurisprudência do STF para notarmos que o mais comum, quando um julgamento relevante é interrompido por pedido de vista, é que os Ministros seguintes não se manifestem; a antecipação de voto é a exceção na rotina da Corte.

nossa percepção, a tendência para a antecipação de voto será tanto maior quando o julgamento já tenha avançado até um ponto em que haja uma maioria formada ou em vias de ser formada. Nessas circunstâncias, e especialmente quando o pedido de vista é formulado por Ministro potencialmente identificado com o bloco minoritário, os colegas que ainda não votaram podem se sentir tentados a antecipar o voto para deixar evidenciada a maioria existente e seu tamanho no Plenário, de maneira a constranger a Ilha a não reter os autos indefinidamente, impedindo a conclusão formal do julgamento. Neste momento, a maioria de certo modo simboliza o Continente, a lembrar a Ilha de que seu poder de agência tem limites, e se sustenta até o ponto em que sua fonte primária (a instituição) não sofra um desgaste que acabe por colocar em risco a repetição do jogo, por quaisquer das Ilhas, em sequências futuras. Objetivos estratégicos de postergação a médio prazo podem ser tolerados, tentar impossibilitar a decisão final não.

Uma resposta abaixo transcrita de um dos Ministros entrevistados, ao mencionar o fato de que, com a antecipação de voto, a sociedade fica ciente de que “o Tribunal já decidiu”, nos inspirou ainda a trabalhar com uma outra ideia: além de visar a dinâmica interna da Corte, a antecipação de voto, em especial nos *hard cases*, pode ter o objetivo de mobilizar a opinião pública para pressionar a Ilha a cooperar e não abusar no uso do recurso institucional do pedido de vista. Essa perspectiva é bastante razoável no caso brasileiro, dada a existência da TV Justiça.

Os Ministros AP04 e AP06 têm interessantes respostas sobre o assunto, nas quais se identifica o cuidado usual a que já nos referimos anteriormente de não se afirmar algo peremptoriamente, mas em que se deixa claro o pensamento do entrevistado nas entrelinhas. Em ambos os casos a pergunta versa sobre o pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes na ADI 4650/DF (proibição do financiamento eleitoral por empresas):

**Ministro AP04**

**“- Quando ele pediu vista, alguns ministros se anteciparam e já declararam voto a favor. Era uma forma, na leitura do senhor porque o senhor não pode responder pelos Ministros, mas, na sua experiência como ex-Ministro, era uma forma de dizer que não ia se constranger pelo pedido de vista ou...**

- Sim. É claramente isso.

**- e pressionar a devolver logo o processo...**

- Exato. E, veja bem, eu teria feito o mesmo, independentemente do caso, financiamento de campanha ou outro tema qualquer. Mas se eu sentisse que estou habilitado a votar, estou plenamente habilitado a votar, e as dúvidas deste que pediu vista e vai resolver lá manuseando os autos, tenha ele essas dúvidas ou não, ou queira... às vezes ele não tem dúvidas, veja bem, mas ele quer fazer um voto muito fundamentado, muito ilustrado, que marque época, a motivação é variada aí(...). E, veja bem,

pode até acontecer de, por força dessa antecipação de voto, o julgamento estar terminado, apesar do pedido de vista. Então o país inteiro saberá que, apesar do pedido de vista de fulano de tal, o Tribunal já decidiu.

**- É uma forma de sinalizar também para a sociedade, eu não tinha pensado nessa perspectiva.**

- É. Isso é matéria consumada. Pode acontecer.”

#### **Ministro AP 06**

**“- Os Ministros que anteciparam o voto, eles quiseram dar que recado, o recado de que "eu tenho opinião formada" e mostrar que a Corte já tinha uma maioria?**

- Não era comum, alguém pedindo vista, os outros anteciparem. Bastava que alguém pedisse vista para os demais não votarem. Por alguma razão eles acharam que deviam antecipar. Não sei, porque eles previam que ele fosse segurar o processo?

**- É isso que estou pensando, será que foi uma forma de constrange-lo...**

- E se também não queriam expor a ideia de que tinham a obrigação de cobrar dele os autos? E continuar o julgamento com ou sem a participação dele, desde que houvesse quórum. (...).

**- Ali o senhor acha que foi um recado, uma forma simbólica de...**

- Houve pelo menos a suspeita de que ele fez aquilo porque ele não queria que prevalecesse o entendimento até então explicitado.

**- Pela aparente maioria...**

- E também porque estavam antecipando votos sem ouvir o dele, o que é inusitado. Pediu vista... Ele pode trazer uma argumentação com voto de vista que o outro não tinha pensado. Ou então acharam que não tem importância o voto dele... (em claro tom irônico)."

O Ministro AT03, por sua vez, é mais explícito no reconhecimento do potencial uso estratégico desse recurso institucional:

**“- A antecipação de voto, porque ela ocorre, via de regra, e se ela pode eventualmente ser dada como uma espécie de sanção a um pedido de vista que se compreendeu procrastinatório...**

- Sim... acho que sim.. acho que sim... No caso do XXX (NOTA: suprimido para evitar potencial identificação do entrevistado) aconteceu claramente isso, as pessoas fizeram questão de antecipar o voto.”



#### **4.4.4 A TV Justiça, a mídia e a opinião pública como recursos institucionais estratégicos informais utilizados pelas Ilhas e sobre as Ilhas**

Na ação de atores estratégicos voltados à promoção da mudança institucional endógena, um recurso institucional informal relevante utilizado pelas Ilhas é a mobilização da opinião pública em favor de suas preferências decisórias.

O tema demanda, porém, algumas considerações antecedentes sobre a maneira como compreendemos a relação entre Ministros, mídia e opinião pública, pois partimos da ideia de que o uso deste recurso é moldado por aspectos culturais e psicológicos que influenciam na interação entre os atores envolvidos e, via de consequência, no desempenho institucional da Corte.

BAUM (2006, pp. 21-22) destaca um ponto relevante sobre modelos estratégicos que partem do pressuposto de que os juízes de cortes constitucionais buscam fundamentalmente impor suas preferências decisórias em políticas públicas: nesta perspectiva, a opinião pública seria apenas um recurso para o ator interessado avançar seus objetivos e impor sua preferência decisória, ou eventualmente um fator de constrangimento para o alcance destes objetivos. Nestes modelos, alega Baum, os juízes seriam algo como a reencarnação Spock, da série Star Trek. Assim como o personagem, que por sua ascendência paterna vulcana tinha um grande apego ao exercício da razão como fundamento de suas ações, os Juízes-Spock das cortes constitucionais seriam imunes a considerações de outra ordem senão aquelas voltadas à busca do meio mais racional para aprovar as políticas públicas de sua preferência, sem se deixar afetar por considerações de outra ordem.

O autor argumenta, em síntese, que não podemos tratar uma das mais fundamentais qualidades humanas como irrelevantes para as escolhas dos juízes. Nessa linha, anota que juízes, como quaisquer outras pessoas, se preocupam com a percepção que as pessoas possam ter de suas atitudes, ainda que essa preocupação possa ocorrer em relação a audiências específicas (em função das características pessoais de cada magistrado). Uma abordagem que leve em conta esse aspecto, argumenta ainda BAUM (2006, pp. 22-23) ajudaria a explicar algumas divergências entre o peso que alguns pesquisadores em *judicial politics* conferem a considerações de ordem legal ou política no processo decisório dos juízes. E mesmo para aqueles que entendem que o objetivo primário de um juiz de corte constitucional seja aprovar boas políticas públicas, a ideia de que eles se influenciam por determinadas audiências pode ajudar a explicar melhor o seu processo decisório, registra o autor.

A análise de fatos públicos relacionados aos Ministros do STF, e das condutas observadas e respostas obtidas nas entrevistas, nos leva a endossar parcialmente essa perspectiva. Todavia, como trabalhamos em um marco teórico que trafega entre o neoinstitucionalismo histórico e o da escolha racional (conforme foqemos em Continente ou Ilhas), nos aproveitaremos desta abordagem culturalista apenas para pensarmos como a ideia de “juízes e suas audiências” pode ser trabalhada como componente de um recurso institucional estratégico eventualmente usado pelas Ilhas.

O Supremo Tribunal Federal<sup>83</sup> é, junto da *Suprema Corte de Justicia de la Nación* mexicana e a Suprema Corte do Reino Unido, a única corte constitucional do mundo que transmite ao vivo suas sessões. A existência da TV Justiça impacta no processo decisório da Corte, havendo dados que sustentam parcialmente a percepção de que os votos ficaram mais longos e que claramente demonstram um aumento do tempo dos debates (HARTMAN, 2017, p. 49). Uma outra crítica recorrente é que ela gera uma maior dificuldade para obtenção de consensos, visto que um magistrado teria restrições a rever um entendimento tornado público pelo receio de parecer de algum modo despreparado pela audiência da TV Justiça.

De outro lado, a literatura em *judicial politics* é pacífica em atribuir importância à opinião pública como fonte de legitimidade institucional para as cortes constitucionais, de modo que estas tendem a utilizar aquela como sinalizador de seus limites de atuação política. CALDEIRA e GIBSON (1992, pp. 639-640) e FRIEDMAN (2003, pp. 2624-2625) denominam como “suporte difuso” da sociedade à Corte<sup>84</sup> a reserva de capital político que a auxilia em momentos de enfrentamento político com o Executivo e/ou o Legislativo em outros temas.

Falando sobre o papel contramajoritário de cortes constitucionais, o Ministro AT03 deu interessante declaração que vale transcrever, por sua vinculação com o tema da legitimidade junto à opinião pública:

---

<sup>83</sup> Essa informação deve ser seguida da ressalva de que não houve uma pesquisa exaustiva nesse sentido, de modo que ela exprime um quadro até onde nos foi possível apurar. De todo modo, parece seguro afirmar que a transmissão das sessões de cortes constitucionais constitui a absoluta exceção na experiência histórica dessas instituições.

<sup>84</sup> Na ciência política norte-americana existem vários trabalhos que buscam averiguar e teorizar acerca da existência e amplitude daquilo que se denomina como suporte difuso da sociedade ao papel desempenhado pela Suprema Corte. Os resultados apontam para a existência efetiva de uma reserva de apoio da população para com a instituição, que permite aos *Justices* tomarem ocasionalmente criticadas decisões contramajoritárias, sem que a legitimidade da Suprema Corte, seus poderes e seu desenho institucional sejam postos em causa. No Brasil, FALCÃO e OLIVEIRA (2013, p. 467) conduziram uma pesquisa que demonstrava que “... parte considerável dos cidadãos brasileiros entende e valoriza o papel desempenhado pelo Judiciário no sistema político do país”, notadamente o STF; vale destacar que este conhecimento e suporte político teria uma relação estatística com o grau de escolaridade dos entrevistados.

“O exercício de papel contramajoritário é estatisticamente mínimo. O número de leis declaradas inconstitucionais no mundo inteiro é muito pequeno. Cortes constitucionais, em toda parte do mundo, se alinham com o sentimento majoritário. E é o fato de alinhar-se com o sentimento majoritário, e atender as expectativas da sociedade, que capitaliza a Suprema Corte para ser contramajoritária quando ela precisa ser.”

Todavia, se é certo que o capital de legitimidade junto à opinião pública pode ser pontualmente despendido com decisões impopulares, tampouco se questiona que ele não é inesgotável. E as cortes constitucionais são muito atentas quanto a isso.

Se vale para a instituição, em alguma medida isso pode ser replicado para os Ministros, em especial num contexto institucional em que eles têm um enorme grau de exposição pública individual. A tendência então é que as Ilhas se preocupem ainda mais com sua imagem pública, pois, além da repercussão em sua subjetividade (fator a que BAUM confere grande importância), uma imagem pública excessivamente desgastada poderá eventualmente afetar sua capacidade de influir no colegiado ou na arena política. Podemos então pensar na possibilidade de se compreender a atuação pública dos Ministros como a assunção de uma *persona*, a máscara psicanalítica pela qual desejam serem reconhecidos, a qual pode gerar ganhos estratégicos na exploração dessa comunicação mediada com o público. É nesta linha que entendemos certas manifestações que por vezes ocorrem no STF, que seriam mais típicas da vida parlamentar do que de uma corte destinada a ser a “instituição exemplar da razão pública” (RAWLS, 2011, p. 279). De outro lado, essa *persona* também pode se sustentar na imagem de “juiz à moda antiga”, aquele que somente se manifesta nos autos, a depender das características pessoais de cada Ministro.

Ora, se acrescermos essa potencial preocupação com a imagem pública como um ativo institucional à perspectiva central de BAUM (2006) - de que juízes se preocupam subjetivamente com a percepção que suas audiências preferenciais podem ter de si e de seu trabalho - a ideia de usar a TV Justiça (e entrevistas na mídia) como recurso institucional estratégico para interferir no processo decisório da Corte e na arena política pode parecer bastante tentadora para Ministros mais perspicazes e ousados no uso de seu poder de agência. A Ilha poderia então estar atuando com os seguintes objetivos estratégicos: a) influenciar o processo decisório de seus pares, de modo a constranger a tomada de decisões distantes ao seu ponto de preferência; b) desacreditar a decisão na qual restou minoritário, de modo a transferir o debate para outra arena (como a mídia ou o Legislativo) em

condições mais favoráveis; c) influenciar no processo decisório do Legislativo e/ou Executivo, em especial naquilo que potencialmente interfira no exercício dos recursos institucionais do Judiciário.

Um exemplo merece ser citado, por paradigmático. Durante todo o julgamento da histórica Ação Penal 470, conhecida como o processo do “Mensalão”, foram objeto de intensa repercussão midiática os embates entre os Ministros, especialmente os Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski. Basta recuperar algumas destas manifestações, principalmente do Ministro Joaquim Barbosa, para mesmo um leigo concluir que não se travavam apenas discussões jurídicas naquelas sessões: havia também uma disputa pela narrativa do julgamento, pelo controle da percepção da sociedade acerca da forma como se dava a apreciação dos fatos pela Corte. Não por outro motivo, eram frequentes as insinuações do Ministro Joaquim Barbosa a respeito de supostas intenções não reveladas em votos que porventura contrariassem suas posições, pois o magistrado tinha perfeita ciência de que, naquele julgamento, este diálogo velado com a sociedade poderia ser um fator decisivo a influenciar pontualmente as posições de alguns Ministros.

Aliás, na votação para o recebimento da denúncia desta ação penal, ocorrida anos antes, se tornou público diálogo travado ao telefone (com terceira pessoa) pelo Ministro Ricardo Lewandowski<sup>85</sup>, no sentido de que a Corte tinha votado “com a faca no pescoço” em razão da intensa pressão midiática ocorrida naquele momento. Esse dado certamente não escapou ao Ministro Joaquim Barbosa<sup>86</sup> na condução posterior do julgamento, em que pese seu temperamento naturalmente combativo ter também contribuído para muitos dos embates então travados.

Indagados sobre o tema, os Ministros AP 02, 04 e 05 assim se manifestaram:

#### **Ministro AP02**

**“- Eu tenho a impressão de que algumas vezes, principalmente naqueles debates mais polêmicos, algumas colocações que são feitas, elas têm mais como destinatário o público externo, a opinião pública, do que propriamente contribuir para o debate...”**

- Para o aperfeiçoamento do Direito, né?

**- Exatamente, para a questão jurídica posta ali e para o convencimento dos colegas do colegiado. Parece muito mais, ou para firmar a posição pessoal do Ministro perante a sociedade, ou para, não sei, tentar influir no julgamento...**

- Ou para parecer politicamente correto...

---

<sup>85</sup> A notícia pode ser lida no link <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3008200702.htm>

<sup>86</sup> A propósito, MELLO (2015, p. 335), anota que “Em certa ocasião, quando foi perguntado ao ministro se pensava no público que o assistia através da TV Justiça ao proferir seus votos, este respondeu, categoricamente, que *seu público é a nação*, não eram os advogados nem a academia”

- **Exatamente. Enfim, é uma impressão que tenho em alguns momentos, é evidente que isso não ocorre o tempo todo.**

- A sua impressão é correta.

- **O senhor acha que é correta?**

- Perfeita! É correta. A sua impressão é perfeita.”

#### **Ministro AP04**

“- **Em alguns momentos, no debate que se trava ali, o magistrado está tentando formar o convencimento não do colegiado, mas ele está falando com a opinião pública...**

- Existe uma cena real, um determinado Ministro falava, falava, falava, o Presidente era o XXX (Nota: omitido para dificultar potencial identificação do entrevistado). Ele disse "Ministro, nós todos já compreendemos, termine seu voto, por favor". Ele disse "Mas, Excelentíssimo Senhor Presidente, eu não estou falando para os Ministros." Ele estava falando para a televisão!! Eu não vou dar nomes, mas isso é verídico. Eu estava lá. Essa coisa da televisão é simplesmente injustificável!!”

#### **Ministro AP05**

“- **Às vezes eu fico com a impressão de que determinadas falas não são, na verdade, voltadas para o colegiado, determinadas manifestações são voltadas para o público...**

- Externo.

- **Essa sensação, ela...**

- É possível. Sem dúvida, sem dúvida. (...) Sua percepção é correta e faz todo o sentido que assim seja! São aquelas situações em que o Ministro votante não espera convencer ninguém ali dentro do seu ponto de vista. Mas espera deixar este ponto de vista muito bem retratado na sua vocalização, para que a doutrina, os circunstantes, para que o público entenda aquilo, e, ainda que vencido, ele seja compreendido. É bem isso. Quando ele fala ao público externo é para isso, ele não tem esperança de convencer os seus próprios pares.

- **Uma outra abordagem também é de que, em algumas falas mais acaloradas, dialogar com a sociedade e fazer isso retornar em forma de pressão sobre o plenário. Eventualmente, o senhor acha que isso acontecer também?**

- Pode, não creio que isso seja muito comum, mas é possível que isso aconteça.”

A TV Justiça e entrevistas podem ser usadas também como recurso institucional estratégico voltado para diminuir a possibilidade de reação de outros atores, como o Executivo e o Legislativo. Quando a decisão de mérito do STF tem uma acolhida positiva da opinião pública, é mais difícil para estes atores, por exemplo, bloquearem o aumento endógeno do poder da Corte, dado que a atenção da opinião pública está centrada no mérito do processo, e não nos ganhos institucionais de longo prazo do Continente. O julgamento do Mandado de Segurança 26603-1/DF (Relator Ministro Celso de Mello), pelo qual o STF firmou a possibilidade de perda de mandato por infidelidade partidária, é um exemplo paradigmático disso, na medida em que a Corte assumidamente se reconheceu investida do

poder de emendar a Constituição (relevante mudança institucional endógena), mas o fez em um julgamento que teve amplo acompanhamento da mídia e da opinião pública, e utilizando-se de tema no qual havia um inegável consenso popular legitimando a direção que tomou.

Todavia, é importante notar que a mídia não é um ator passivo nesse processo, e que, como órgão mediador da relação entre STF e sociedade, também exerce um papel importante no processo decisório da Corte. Assim, se a TV Justiça e toda a exposição midiática das Ilhas podem ser mobilizados como um recurso institucional estratégico destas últimas, também elas podem ser objeto de pressões e manipulações de suas "personas" institucionais e de suas subjetividades mais profundas por parte da mídia, em ordem a induzi-las a decidir alinhadas com as preferências desta.

BAUM (2006, p. 139) anota que este fenômeno se convencionou chamar "*Greenhouse effect*", cujo nome se origina da atuação destacada da jornalista Linda Greenhouse, do jornal "*The New York Times*", muito habilidosa em manipular a vaidade e o desejo de reconhecimento positivo dos novos *Justices* que vinham a ser apontados, para induzi-los a uma direção de ativismo judicial de matiz liberal (no sentido norte-americano do termo). Segundo Baum, a comprovação empírica do "*Greenhouse effect*" é algo que ainda está em disputa na literatura norte-americana, em que pese haver muitos que reconheçam sua possível existência.

Não podemos deixar de notar, porém, a semelhança entre o "*Greenhouse effect*" e o modo como a mídia brasileira, notadamente as Organizações Globo, mobilizam seus recursos com o pouco sutil propósito de influenciar a agenda e o processo decisório dos Ministros do STF. Os meios empregados são os mais diversos, como premiações por meio de seus braços operacionais e matérias elogiosas ou críticas, a depender do contexto.

Um exemplo recente merece ser brevemente trabalhado para ilustrar o que viemos de afirmar. Quando do julgamento, em sede liminar, das ADC 43 e 44, que tratavam em abstrato do tema da constitucionalidade da prisão em segunda instância, a Ministra Rosa Weber manifestou seu entendimento pessoal de que a mesma seria inconstitucional. Como restou minoritária naquela votação, a Ministra passou então a seguir o entendimento majoritário do colegiado nos *habeas corpus* em que atuou, sempre ressaltando o seu entendimento pessoal sobre o tema. Trata-se de um posicionamento absolutamente normal e até mesmo elogiável, pois destaca a segurança jurídica e o respeito à colegialidade como valores relevantes a serem observados.

O tema, porém, permaneceu polêmico na Corte e a correlação de forças no Plenário pareceu se alterar após a declarada mudança de entendimento do Ministro Gilmar Mendes,

que compusera a maioria na primeira votação. Já abordamos nesta tese como a Ministra Carmén Lúcia manobrou seus poderes regimentais para não votar as referidas ADC, mas sim o HC do ex-Presidente Lula, personalizando um debate que era antes de tudo abstrato e aplicável a toda a sociedade brasileira.

Não retomaremos o tema porque o que importa agora, na verdade, é resgatar o sem número de matérias jornalísticas que foram publicadas naqueles dias, dando conta da “coerência” que se esperava da Ministra Rosa Weber em manter sua posição de aplicar o novo entendimento da Corte. O tom das matérias era unânime no sentido de que posição diversa da Ministra seria entendido como um favorecimento espúrio ao ex-Presidente Lula. Anote-se, ainda, que em nenhum momento a grande imprensa problematizou criticamente o comportamento estratégico da Presidenta da Corte; pelo contrário, quando tratou do tema foi para elogiar sua coragem para “resistir à pressões” e não pautar as ADC 43 e 44. Quando o julgamento foi feito, o pano de fundo era evidentemente o debate abstrato do tema (como se estivessem a julgar as ADC), o que foi assumido sem maiores constrangimentos pela ampla maioria dos Ministros, que pouco discutiram a situação concreta do impetrante do HC. O comportamento estratégico da Presidenta da Corte pareceu escapar à Ministra Rosa Weber, ou foi por ela convenientemente ignorado, sendo que em seu voto transitou exatamente na linha do respeito ao princípio da colegialidade e dos precedentes da Corte (tal como pregado pela imprensa), sem embargo do seu posicionamento individual sobre o tema em abstrato.

Sem dispormos de entrevistas em profundidade com atores envolvidos, é impossível aferir o quanto a intensa pressão midiática cobrando “coerência” da Ministra, destacando o seu perfil discreto e retilíneo, pouco permeável a manobras para salvar políticos envolvidos na Operação Lava Jato, influenciou na formação do convencimento da magistrada. Ou ainda se algum outro fator, como a lamentável ameaça implícita de intervenção militar verbalizada na véspera pelo Comandante do Exército, General Villas Bôas, exerceu algum papel. O que não podemos deixar de notar, porém, é que a repetição deste tipo de pressão por parte da grande imprensa é avaliada como eficaz por seus controladores, pois se lhes parecesse contraproducente possivelmente já teria sido atenuado este tipo de procedimento; é notório também o diálogo constante, ainda que como fontes em *off*, de alguns Ministros e jornalistas da grande imprensa, de modo que a mídia tem meios para avaliar e refinar seu comportamento.

Indagados sobre o tema, os Ministros entrevistados tendiam a reconhecer a importância da mídia, mas, via de regra, ressaltando não serem pessoalmente permeáveis a pressões. Respostas que devem ser vistas com alguma reserva, até porque a admissão de

que podem ser suscetíveis a este tipo de pressão é certamente uma das características que os Ministros, como de resto qualquer magistrado, mais rejeitariam possuir.

Destaco apenas o depoimento do Ministro AP 01, o mais explícito no reconhecimento da influência da imprensa:

**“- De uma forma geral, nos *hard cases*, nos processos mais polêmicos, as sinalizações que vêm da opinião pública, opinião pública a digamos imprensa né, ou de outros atores políticos, da sociedade civil, eles de alguma forma interferem na percepção do Supremo?”**

- Olha, dizer que uma visão da mídia, ou de setores da política não teriam influência seria, enfim, uma visão distorcida ou idealística. É óbvio que o Supremo vive dentro do sistema político e não pode deixar de sofrer influências. Da minha experiência, uma influência relativa. Tivemos casos em que efetiva e conscientemente o Supremo decidiu contra a mídia ou contra as manifestações parlamentares."

#### **4.4.5 A inserção de teses em julgamentos com o fim de influenciar a jurisprudência futura da Corte e promover a mudança institucional endógena**

Um outro recurso institucional estratégico informal de que parecem dispor as Ilhas foi brilhantemente explorado por ARGUELHES e RIBEIRO (2015). Os autores trataram da possibilidade de um Ministro “empreendedor”<sup>87</sup> inserir considerações teóricas sobre um tema de seu interesse num determinado processo que, por razões procedimentais, inicialmente não teve maior consequência prática e foi extinto por mera decisão monocrática. Após, essas considerações passam a ser mencionadas ao longo do tempo como se fossem jurisprudência da Corte, até o momento em que o colegiado de fato começa a empregá-las com esse *status*. No ponto, vale lembrar o que escrevemos no capítulo 2 (subtítulo 2.5.4) sobre o uso que Ministros fazem dos precedentes, mobilizando-os mais como argumento retórico para validar suas preferências decisórias do que para promover um diálogo sincero com a jurisprudência da Corte.

Convém citar trechos do artigo de ARGUELHES e RIBEIRO (2015, p. 142), pois eles abordam de modo exauriente essa possível ação estratégica:

“Mas há mecanismos mais complexos de construção individual, não-colegiada, da jurisprudência do tribunal. Em especial, o Ministro pode adotar uma estratégia em vários movimentos. A primeira parte consiste em escolher uma decisão monocrática de *resultado* irrelevante (e que, portanto, não será objeto de recurso para uma turma

---

<sup>87</sup> Um dado que colhemos fortuitamente reforça a tese dos autores: quando em contato com Coordenaria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados do STF, obtivemos a informação de que é da sua responsabilidade a seleção dos processos que compõem seus informativos de jurisprudência, mas que a transcrição de trechos de votos costuma ser pedida diretamente pelos Ministros. E no Informativo STF 345 consta exatamente a transcrição de voto do Ministro Celso de Mello nesta ADPF 45, a indicar que ele tinha ideia de que pretendia emprestar relevância futura à sua decisão.



ou para o plenário) e incluir, na fundamentação, as teses jurídicas potencialmente arrojadas que gostaria de ver tratadas como jurisprudência do tribunal. O passo seguinte consiste em voltar a essa decisão monocrática – seja em decisões monocráticas posteriores, seja nos seus próprios votos em decisões colegiadas – e tratá-la como “jurisprudência do tribunal”.

Por meio desses dois movimentos, o Ministro pode tentar construir como posição “do tribunal” textos contendo teses que, na verdade, não passaram por nenhum crivo colegiado. É verdade que caberá ao colegiado (na turma ou no plenário) concordar ou não com essas teses; mas o fato é que elas já serão apresentadas pelo Ministro aos seus colegas (e a audiências externas ao tribunal) como *parte do repertório jurisprudencial da corte.*”

Adiante, ARGUELHES e RIBEIRO (2015, pp. 143-144) sustentam seu modelo teórico com a apresentação de um exemplo concreto:

“Em 2004, como, aliás, até os dias de hoje, a doutrina brasileira não admite, exceto dentro de condições muito específicas, a possibilidade de controle de constitucionalidade de veto presidencial por meio de ADPF. Na verdade, o STF já havia rejeitado expressamente essa possibilidade.

Esse e outros pontos controvertidos da ADPF 45, porém, não chegaram a ser discutidos pelos Ministros do STF. Após negociações entre o Presidente e o Congresso, uma nova lei de diretrizes orçamentárias foi aprovada dentro das exigências constitucionais. Com isso, tecnicamente, a ADPF perdera o objeto, já que o suposto ato público questionado (o veto presidencial) deixara de existir. Mesmo assim, o relator do caso, Min. Celso de Mello, discorreu longamente sobre o mérito da questão dos pedidos do PDT na mesma decisão monocrática em que reconhecia a perda de objeto. Defendeu a possibilidade (i) de controle judicial de políticas públicas já previstas no texto constitucional, bem como de o STF realizar controle de constitucionalidade de (ii) vetos presidenciais por meio de ADPF e (iii) decisões legislativas referentes a orçamento. Na fundamentação de uma decisão monocrática sem objeto, portanto, o Ministro Celso de Mello lançou teses jurídicas arrojadas, que continham inclusive algumas transformações com relação à jurisprudência do STF.

O destino de tal decisão monocrática não mereceria maior atenção não fosse o que ocorreu nos anos seguintes. Nos anos subsequentes, o Ministro Celso de Mello frequentemente citava a ADPF 45 sempre que enfrentava questões relativas a controle judicial de políticas públicas já previstas diretamente na Constituição. No Ag. Reg. 436.996-6 (SP), decidido em 2005, por exemplo, ao discutir a possibilidade de o judiciário determinar que o município de São Paulo tinha a obrigação de construir creches, o Ministro Celso de Mello cita extensivamente a ADPF 45 para sustentar a posição de que esse tipo de controle de políticas públicas era perfeitamente admissível. No caso, aliás, o próprio Ministro Celso de Mello havia decidido a questão monocraticamente, julgando manifestamente improcedente o recurso do Município de São Paulo contra a decisão da instância inferior.

Anos após essas primeiras referências à ADPF como parte da jurisprudência do tribunal, outros Ministros começaram a adotar a mesma narrativa e utilizar o caso como argumento em suas próprias decisões. Por volta de 2011, a ADPF 45 já havia se integrado de forma aparentemente incontroversa ao acervo jurisprudencial do STF. Em ao menos um caso, sua própria condição formal de decisão monocrática de perda de objeto parece ter sido reescrita. Ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 559.646, a Relatora Ministra Ellen Gracie rejeitou o recurso afirmando que “o Plenário” (sic) do STF havia reconhecido, na ADPF 45, a possibilidade de controle judicial de políticas públicas previstas na Constituição. Nesse caso, aliás, a Ministra já havia decidido monocraticamente a questão, rejeitando o recurso, invocando explicitamente a ADPF 45 como suficiente para justificar uma

decisão monocrática de manifesta incompatibilidade entre o pedido e a jurisprudência do STF.

Trata-se de um claro exemplo de incorporação completa da ADPF 45 no repertório jurisprudencial institucional disponível aos Ministros do STF.”

Este, porém, não é o único mecanismo que expressa a liberdade que as Ilhas dispõem para avançar suas preferências decisórias mediante a manipulação retórica de suas manifestações, como se fossem a expressão da jurisprudência da Corte. O desenho institucional do processo decisório do STF, de natureza meramente agregadora dos votos até a obtenção de uma maioria (sem exigência de uma harmonia argumentativa entre a *ratio decidendi* de cada voto), também torna possível esse potencial uso estratégico da jurisprudência da Corte. Mesmo que os fundamentos de um dado voto porventura não dialoguem com os votos de outros Ministros no mesmo sentido, aquele voto que expressa uma posição pessoal (possivelmente com afirmações mais ousadas do que a da maioria que formou o bloco vencedor, à semelhança do modelo de Arguelhes e Ribeiro para a decisão monocrática) pode ser futuramente utilizado por seu prolator (normalmente funcionando em outro processo como relator) como sinônimo do entendimento de todo o Tribunal, inclusive para o fim de se tomar decisões monocráticas que retirem do colegiado a possibilidade de examinar um dado processo.

Se no campo normativo isso parece incomodar os constitucionalistas porque a possibilidade de entendimentos bastante diversos sobre um mesmo tema mina a força dos precedentes de uma corte constitucional, no campo político não há dúvida de que esta dinâmica reforça o poder das Ilhas diante do Continente. Este, por sua vez, tem dificuldade em combatê-la, seja por serem muito altos os custos para o controle deste comportamento estratégico (o estoque de processos é enorme e os votos também são muito extensos), seja porque a repetição deste jogo induz as Ilhas a não constranger um comportamento do qual podem vir a se beneficiar num momento futuro.

## 5 O uso do método QCA (*Qualitative Comparative Analysis*) no estudo da mudança institucional endógena

Nos capítulos precedentes empreendemos um esforço para desenvolver um marco teórico que nos permitisse compreender como se dá a ação tacitamente concertada de Ilhas e Continente para, de um lado, permitir àquelas um expressivo grau de liberdade de ação na promoção de suas agendas pessoais, e, de outro, conferir ao último uma centralidade política ainda maior do que aquela que seu desenho institucional permitiria inicialmente antever.

O uso estratégico de recursos institucionais, a mudança de guarda na composição do colegiado, a adoção de uma retórica neoconstitucionalista no exercício do *judicial review* e o inusual grau de exposição à opinião pública são fatores que abordamos nesse caminho e que procuramos articular teoricamente como componentes desse processo de progressivo empoderamento da corte constitucional brasileira ao longo do tempo. O STF não tinha em 1988 o peso político que tem hoje, e não passou a tê-lo exclusivamente por fatores exógenos à instituição, mas sim também porque Ilhas e Continente souberam explorar oportunidades que se lhes apresentaram para reconfigurar seu lugar político.

Neste capítulo, analisamos empiricamente esse conjunto de fatores tratados teoricamente até aqui, num esforço para demonstrar que há uma relação de causalidade, aqui entendida como relações de necessidade e suficiência, entre a dinâmica entre Ilhas e Continente e o aumento de poder da Corte.

A demonstração desse tipo de fenômeno, porém, é complexa porque o mesmo guarda uma sutileza que uma abordagem quantitativa pura, escorada em um N (amostra observável) grande e em protocolos altamente formalizados, tem dificuldade de revelar. De outro lado, se uma abordagem qualitativa parece mais adequada, não menos necessário se faz o máximo cuidado possível com o desenho da pesquisa, de modo a que as respostas geradas possam sobreviver ao teste de *stress* representado pela crítica metodológica.

### 5.1 METODOLOGIA

Nessa linha, entendemos que seria conveniente utilizar uma abordagem qualitativa comparativa baseada no método QCA (*Qualitative Comparative Analysis*) desenvolvido por Charles Ragin. O QCA tem como principal vantagem a possibilidade de que o pesquisador

identifique a existência de diferentes combinações de fatores que possam ser relevantes para a ocorrência do resultado de interesse que se busca explicar. Ele permite que se identifique não apenas a existência de um dado fenômeno e o quanto ele ocorre, mas o porque e sob quais circunstâncias é esperado que ele seja observado. Nessa linha, ele se diferencia não apenas das abordagens quantitativas pelo menor grau de formalização e por utilizar um N substancialmente menor, mas também de uma abordagem qualitativa clássica como o estudo de caso porque mobiliza um N um pouco maior e porque, sem abandonar um estudo em certa profundidade dos casos que compõem a amostra, se vale de instrumentos estatísticos para identificar sob quais combinações de fatores articulados pela teoria (condições causais, que também podemos denominar explicativas) o fenômeno pode ser explicado (resultado de interesse).

### **5.1.1 A importância da distinção entre condições necessárias e condições suficientes**

Nesse momento, parece importante abordar dois conceitos chaves para o desenho de pesquisa que ora estamos propondo: as ideias de condições necessárias e de condições suficientes para a ocorrência do nosso fenômeno de interesse.

Antes, porém, uma breve introdução se faz necessária. PÉREZ-LIÑÁN (2010, p. 130-131), recorrendo a John Stuart Mill, destaca que, para a seleção de casos em pesquisas que utilizem o método QCA, uma primeira estratégia seria usar o método da similitude, escolhendo-se aqueles que coincidiam na ocorrência do seu resultado, de maneira a se descobrir quais fatores causais se fazem presente no fenômeno de interesse. O autor ainda recorre a Prerzowski e Teune para destacar a importância de se selecionar casos que, “... *más allá de su similitud en cuanto al resultad*”, fossem também “... *muy diferentes con respecto a las variables de control*”. Também seria recomendável que os casos selecionados fossem em si bastante distintos, o que ajudaria a eliminar explicações alternativas “... *una vez que se han detectado las coincidencias fundamentales.*”

O método da similitude atrai críticas sobre o risco de viés de seleção em que implica, dado que os casos são selecionados pelo seu resultado final positivo. A evolução metodológica a esta crítica foi a inclusão também de casos com resultados negativos, o que permitiria antever, pela alternância na variável dependente, quais seriam os fatores explicativos em comum que se apresentam nos casos positivos e que, por outro lado, estão ausentes nos casos negativos, de modo a que se possa fazer uma inferência causal mais sofisticada que aquela oferecida por desenhos de pesquisa com casos selecionados pelo resultado, e de forma homogênea.

Sem embargo, a crítica de que a escolha dos casos pelo método da similitude gerava viés de seleção permaneceu uma carga considerável, conforme relata PÈREZ-LIÑÁN (2010, p. 132-133). O autor anota, porém, que uma vez respeitadas as limitações intrínsecas do método, é possível reconhecer que a comparação somente dos casos positivos nos “... *permite establecer las condiciones necesarias para un cierto fenómeno, pero no nos permite conocer las condiciones suficientes para lo mismo.*” (grifos do autor)

As condições necessárias seriam, pois, aquelas sem as quais o fenômeno estudado não deve ser observado, devendo estar presente em todos os casos examinados da amostra cujo resultado de interesse se observa. Quando em uma amostra maior eventualmente há um caso específico em que a mesma não se faz presente, pode-se falar em condição *quase necessária*<sup>88</sup>, mas em uma amostra com o N com o qual trabalhamos (20 casos, sendo dez com resultado positivo) o esperado é que a condição causal examinada esteja presente em todos os casos para que se possa afirmar como necessária.

A experiência histórica revela, contudo, que é muito comum que os fenômenos pesquisados sejam fruto não apenas de condições necessárias, ou seja, aquelas variáveis explicativas presentes em todos os casos da amostra. Em muitas situações é preciso uma combinação de fatores para que a ocorrência do resultado, quando se fala então em causalidade conjuntural. Outras vezes, pode ocorrer que diversas combinações de fatores permitam a ocorrência do mesmo resultado, o que alguns metodólogos qualificam como causalidade múltipla. GEORGE e BENNETT (2005, p. 206) qualificam essa possibilidade como “equifinalidade”, ou seja, a possibilidade de que “... *the same outcome can arise through different pathways*”.

Quando se fala em condições suficientes para a ocorrência do resultado de interesse, estamos nos referindo exatamente a este conjunto de configurações causais de variáveis explicativas que, atuando articuladamente, podem desencadear o resultado de interesse (no nosso caso, a mudança institucional endógena).

O uso do método QCA (*Qualitative Comparative Analysis*) se insere nesse contexto como o mais adequado para que possamos identificar se existem e quais seriam as condições necessárias para a ocorrência de mudança institucional endógena, assim como quais seriam as configurações causais suficientes para que a mesma fosse esperada.

NETO e DOS SANTOS MOREIRA (2016, p. 7) fazem observações relevantes sobre o QCA, ao destacar que

---

<sup>88</sup> Segundo entendemos em workshop ministrado pelo Professor Aníbal Pèrez-Liñán no âmbito do PPGDCP/UFMG.

"A identificação de condições causais e outros aspectos do QCA demandam familiaridade com os casos, o que por sua vez demanda conhecimento aprofundado. Nisto, o QCA se assemelha a abordagens qualitativas tradicionais. Ao mesmo tempo, o QCA é capaz de destacar padrões entre casos decisivos, característica usualmente identificada com abordagens quantitativas. Comparando casos como configurações, o QCA consegue examinar padrões inter-casos, respeitando a diversidade dos casos e sua heterogeneidade em relação a diferentes condições causalmente relevantes (RAGIN, 2008a)."

PÈREZ-LIÑÁN (2010, p. 138) classifica o QCA como um protocolo de análise, cujos procedimentos são os que seguem:

- “ - Construir la tabla comparativa (o matriz de datos) para organizar la información cualitativa e identificar posibles condiciones necesarias a partir del método de similitud;
- Articular la teoría tipológica y clasificar los casos en función de esta tipología. El análisis de esta tabla (también denominada “tabla de verdad”) permite identificar condiciones causales suficientes para generar el resultado de interés;
- Analizar los contrafácticos (aquellas configuraciones para las cuales no tenemos ejemplos históricos); y
- Reducir el número de configuraciones suficientes (cuando esto es posible) a través de un proceso de minimización lógica”.

### 5.1.2 A montagem da matriz analítica

PÈREZ-LIÑÁN (2010, p. 138) reconhece que a montagem da matriz analítica é o passo mais trabalhoso do processo porque demanda uma pesquisa extensa dos casos a serem selecionados, até que o pesquisador chegue a uma amostra teoricamente defensável para o efeito de se pesquisar o fenômeno de interesse a partir de suas condições explicativas. É importante anotar que, no caso de nossa pesquisa, as condições são codificadas de maneira dicotômica, de modo que recebem o número 1 para os casos em que se entendeu que elas estão presentes e 0 para aqueles casos em que ausentes. O mesmo foi feito com relação ao resultado, de maneira que os casos em que houve mudança via *conversion* foram codificados como 1 e aqueles em que não houve, a despeito de potencialmente possível o resultado, foram notados como código 0.

NETO e DOS SANTOS MOREIRA (2016, p. 11) destacam um aspecto importante dessa etapa inicial, ao anotar que

"Na primeira etapa do método QCA, deve-se identificar o resultado que se espera; respectivos casos positivos para tal resultado; casos negativos que, pelas características, seriam teoricamente candidatos a casos positivos; e, baseado nos casos e na teoria, condições causais relevantes para o resultado. Nesta fase deve-se ainda simplificar ao máximo as condições causais. Por exemplo, quando duas condições causais são perfeitamente substituíveis, estas devem ser expressas como uma única condição (RAGIN, 2008a)."

Uma vez feita a matriz analítica, o que se dá após todo um processo de seleção dos casos e de construção teórica do seu objeto de estudo, o pesquisador poderá, a partir do método da similitude de Mill, identificar quais seriam as condições necessárias para a ocorrência do fenômeno sob exame. PÈREZ-LIÑÁN (2010, p. 138) anota que

“el procedimiento tiene dos pasos: en primer lugar, se seleccionan los casos positivos (se ignoran en esta fase los casos negativos) y en segundo término se identifican las condiciones causales que son comunes a todos ellos. La regla para identificar necesidad es simple: si X es condición necesaria para Y, todas las instancias de Y deben mostrar la presencia de X.”

### 5.1.3 A montagem da tabela da verdade

O passo seguinte é a elaboração da tabela da verdade, quando então todas as condições causais mobilizadas deixam de ser examinadas individualmente (como ocorria no exame de condições necessárias) e passam a ser examinadas segundo uma tabela que organiza uma teoria tipológica das várias hipóteses de configurações causais que possam teoricamente produzir o resultado de interesse (variável dependente, ou seja, a mudança institucional endógena). Note-se, por outro lado, que outra diferença da análise de condições suficientes, em relação à análise de condições necessárias, é que agora os casos cujo resultado de interesse não se observa ( $Y=0$ ) também são incluídos na análise. O exame dessas configurações causais permitirá saber quais são aquelas que apresentam as condições suficientes para a ocorrência do resultado de interesse.

PÈREZ-LIÑÁN (2010, p. 140) anota que aqui o critério se inverte em relação à apuração de necessidade: “*si la configuración causal X es condición suficiente para Y, todas las instancias de Y deben ofrecer también la presencia de X*”.

Nessa altura, é importante destacar que o exame de condições suficientes difere das condições necessárias porque, quando se trata destas últimas, as condições que porventura ostentam essa qualidade vão estar sempre presentes no resultado de interesse, mesmo quando consideradas individualmente. Já a análise de uma configuração causal de duas ou mais condições que caracterizam um conjunto de condições suficientes para um determinado resultado não apresenta a mesma característica, porque as condições individualmente consideradas podem não estar presentes em todos os casos em que detectados os resultados de interesse. Portanto, é a presença conjunta dessas condições numa dada configuração causal que se apresenta como suficiente para o resultado.

Tampouco a existência de duas configurações causais tidas como suficientes para a ocorrência do resultado aumenta as chances de que o mesmo venha a ocorrer, como alertam GEORGE e BENNETT (2005, p. 144):

*"Moreover, because QCA assumes that various conjunctions of variables may be sufficient to an outcome, then the presence of two such conjunctions does not make the outcome any more likely or certain than one alone. In other words, in terms of the Boolean algebra upon which QCA is based, "1+1=1," where the first two numerals are each a sufficient conjunction and the third is a positive outcome."*

As considerações sobre quase-necessidade aqui feitas antes também se aplicam às condições suficientes, quando na amostra hajam poucos casos. A diferença parece estar no fato de que a ideia de quase-suficiência possa ser aplicada numa amostra com menor número de casos, de modo a que a configuração causal possa ser tratada como geralmente suficiente para o resultado. PÈREZ-LIÑÁN (2010, p. 141) menciona o trabalho desenvolvido por Ragin no tema, referindo-se a um índice de consistência por ele desenvolvido, e pelo qual seria possível medir a quantidade de casos em que o resultado de interesse se faz presente considerando-se uma determinada configuração causal tida como condição suficiente. Para que seja afirmada essa condição o índice deve corresponder a 1, mas o autor destaca que Ragin admite o índice mínimo de 0.8 para que se possa falar em condição geralmente suficiente.

#### **5.1.4 O problema dos contrafactuais e a minimização lógica**

Os contrafactuais mencionados anteriormente por PÈREZ-LIÑÁN (2010) se referem às configurações causais logicamente deduzidas na tabela da verdade, e que seriam potencialmente capazes de se traduzir em condições suficientes para o resultado. Todavia, nessas hipóteses de combinação de variáveis não há exemplos históricos apurados, de modo que não é possível dizer se elas são condições suficientes ou não pelo fato que não há evidências empíricas para sustentar essa afirmativa.

Embora mencione quatro estratégias metodológicas para lidar com este problema, PÈREZ-LIÑÁN (2010, p. 143) conclui que

*"... la estrategia más prudente consistiría en ignorar los residuos y presentar como condiciones suficientes sólo aquellas configuraciones para las cuales existe evidencia histórica concreta. Sin embargo, esto es lógicamente equivalente a tratar los residuos como configuraciones falsas."*



A opção de se tratar os contrafactuais como configurações falsas tem implicações na última etapa do processo, o processo de minimização lógica. Uma solução que seria denominada como complexa entenderia aqueles como configurações causais falsas. Uma solução parcimoniosa os consideraria como configurações causais verdadeiras, a despeito da inexistência de exemplos históricos. Importante destacar, para fins didáticos, que os contrafactuais não se confundem com os casos em que a configuração causal é claramente falsa porque demonstrado, a partir de resultados apurados na tábua de dados, que ela não conduz ao resultado de interesse. O software fs/QCA, desenvolvido especialmente para uso deste protocolo de pesquisa, apresenta ainda a possibilidade de uma solução intermediária, na qual podemos definir se cada condição explicativa deve ser tida apenas como presente, ausente ou presente/ausente, obviamente que justificando teoricamente essas opções metodológicas. Feito isso, o programa apura quais as configurações de condições causais poderiam ser apontadas como verdadeiras para o fim de serem consideradas suficientes para o resultado de interesse. Um aspecto relevante da solução intermediária é o fato de que, como ela trabalha os contrafactuais conforme as indicações fornecidas pelo pesquisador, os seus resultados tendem a se mostrar mais alinhados com o modelo teórico, ao passo que a solução complexa pode vir a considerar conjuntos causais que não fazem sentido quando articulados com a teoria.

Um exemplo pode iluminar o ponto: na solução intermediária produzida nos cenários que testamos, foi especificado que a condição causal “retórica neoconstitucionalista” somente deveria ser considerada como presente, nunca como ausente, para a ocorrência do resultado de interesse (mudança institucional endógena). Anote-se, por oportuno, que essa foi a única condição em que assim procedemos. A justificativa teórica é a de que o neoconstitucionalismo busca ampliar o espaço decisório do juiz por meio da valorização do uso de princípios constitucionais de conteúdo fluído, em detrimento muitas vezes de normas constitucionais e/ou legais expressas. Não faz nenhum sentido pensar na ausência de uma retórica neoconstitucionalista como condição causal para a ocorrência de *conversion*. Tampouco faz sentido pensar o uso de uma retórica neoconstitucionalista para justificar uma postura deferente, autocontida, de um magistrado. Para isso, a concepção hermenêutica clássica seria mais que suficiente.

O processo de minimização lógica, por sua vez, consiste, segundo PÈREZ-LIÑÁN (2010, p. 145),

*“... en identificar dos configuraciones verdaderas que sean exactamente iguales en todos sus términos excepto por uno (una condición que está presente en la primera*

*configuración pero ausente en la segunda), lo que permite eliminar este término adicional para simplificar el argumento”.*

Todo este processo que compõe a técnica do QCA poderia ser feito manualmente, mas, como adverte PÈREZ-LIÑÁN (2010), cuida-se de procedimento longo e propenso a erros quando o número de combinações de configurações causais é maior, de modo que nossa opção foi a de utilizar um software desenvolvido especificamente para esta técnica de pesquisa, o fs/QCA (versão 3.0).

## **5.2 O processo de codificação das condições causais mobilizadas na pesquisa**

Antes, porém, de apresentarmos os resultados e passarmos à sua análise, convém discorrer sobre como foi produzida a matriz analítica a partir da amostra, os critérios para a seleção da mesma, quais foram as condições explicativas (ou causais) mobilizadas e em que termos as mesmas foram justificadas teoricamente, e finalmente o que se entende como resultado de interesse cuja manifestação se procura compreender.

Optaremos por discorrer primeiro exatamente sobre o que entendemos como mudança institucional endógena (que é o nosso resultado de interesse, designado por Y), cujos mecanismos de ocorrência procuramos investigar.

A mudança institucional endógena foi compreendida, na esteira de toda a construção teórica que empreendemos nos capítulos precedentes desta tese, como toda ocasião em que o STF, aproveitando-se dos espaços interpretativos típicos do exercício do *judicial review*, obteve êxito no objetivo estratégico de endogenamente deslocar o seu lugar político-institucional, ora atribuindo-se competências típicas do Legislativo, ora passando a influenciar mais diretamente na formulação de políticas públicas que caberiam ao Executivo.

Assim, os casos selecionados têm como característica exatamente o fato de apresentarem essa possibilidade, ao menos teórica, de que por meio de uma reinterpretação da extensão de uma competência (ou seja, saber se cabe à Corte decidir), e da extensão dos seus poderes (quais as soluções jurídicas a serem apresentadas para o caso e o que elas implicam em termos de açambarcamento de poder do Legislativo e/ou Executivo), possam o Continente deslocar favoravelmente seu lugar político e as Ilhas aumentar sua capacidade de fazer valer suas preferências decisórias.

Para a montagem da matriz analítica, que é o primeiro passo do uso do método QCA, buscamos então mobilizar condições causais coerentes com a construção teórica empreendida até aqui. Assim, fatores como o uso estratégico de recursos institucionais, a utilização de uma retórica neoconstitucionalista na fundamentação dos votos vencedores,

a interação com os demais poderes, a posição esperada da opinião pública e a mudança geracional na composição da Corte foram levados em conta quando começamos a decompor analiticamente os casos selecionados para formarem a tabela. Note-se que também mobilizamos condições exógenas, mas sempre conectadas com uma perspectiva de uma ação posterior endógena da Corte.

O fator temporal não importou apenas para efeito de codificação da condição causal “Corte Gilmar Mendes”<sup>89</sup>. A mudança institucional endógena, como vimos no capítulo 2, especialmente nas lições de PIERSON (2004) e MAHONEY e THELEN (2010), é fenômeno que vai ocorrendo ao longo do tempo, de mudanças incrementais que somente se tornam mais perceptíveis quando observadas com um distanciamento temporal<sup>90</sup> maior justamente porque não se assemelham àquelas rupturas institucionais típicas de conjunturas críticas. Assim, não haveria como se deixar de pesquisar a ocorrência (ou não, ainda que possível) de nosso objeto de pesquisa desde o início da nova ordem constitucional inaugurada em 1988<sup>91</sup>, sob pena de comprometermos a observação do fenômeno que pesquisamos.

Como a replicabilidade, não apenas dos dados, mas de todo o processo de pesquisa, é uma preocupação metodológica importante (KING; KEOHANE; VERBA, 1994, p. 26), passaremos a descrever nossa trajetória de pesquisa, anotando desde logo que no Anexo I se encontram elementos importantes para este objetivo, como os casos selecionados e suas respectivas codificações analiticamente descritas.

Convém ainda tecer mais algumas observações sobre como se deu a seleção de casos para a realização dos testes desenvolvidos nesse capítulo. A estratégia de seleção nesta tese, para além do uso dos métodos da similitude e do método de diferença indireta de Mills a que PÈREZ-LIÑÁN (2010) faz referência em seu trabalho sobre QCA, envolve também o que ele denomina como uma “estratégia clássica”, qual seja, selecionar casos paradigmáticos em que esteja presente o fenômeno que se deseja explicar.

---

<sup>89</sup> Essa condição explicativa, como já anotamos, foi assim nominada para ilustrar o que entendemos como uma mudança de guarda no STF. Pretendíamos, assim, verificar se a mudança institucional endógena tendia a ocorrer mais nesse período que delimitamos conceitualmente em capítulo precedente, ou se na Corte Moreira Alves essa tendência era igualmente captada

<sup>90</sup> Aliás, se pudéssemos traduzir em linguagem pictórica o que é a mudança institucional endógena, diríamos que ela se assemelha mais à versão das *Nymphéas* de Monet que se encontra exposta no *Musée de l'Orangerie* (Paris) do que à pequena e vibrante *La nuit étoilée* de Van Gogh. Essa versão das *Nymphéas* é um enorme painel de 8 quadros, que pretende fazer uma representação de um contínuo no tempo e no espaço, a qual só é melhor compreendida se observada a uma distância maior.

<sup>91</sup> Por exemplo, se focássemos nossa atenção somente nos últimos 5 anos, em que temos vivido uma polarização do ambiente político que reflete no desempenho institucional do STF, possivelmente os resultados seriam diferentes, e também as conclusões deles decorrentes.

Em palestra realizada no evento "*Mare Incognitum*: desafios da pesquisa empírica sobre o Supremo Tribunal Federal"<sup>92</sup>, o Professor Thomaz Pereira (FGV - Direito Rio) teceu uma observação que tomamos de empréstimo nessa tese: quando se busca estabelecer critérios coerentes e teoricamente defensáveis de seleção de casos tidos como emblemáticos (ou paradigmáticos, pois tomamos as expressões como sinônimas), é importante pensar o propósito daquela escolha e qual será a sua audiência. Afinal, ainda segundo Thomaz Pereira, a escolha de casos emblemáticos pode variar se o seu objeto é pedagógico, profissional ou a pesquisa acadêmica, por exemplo.

Por identidade de razões, pensamos que nessa pesquisa a seleção dos casos guarda um componente normativo que tem como base aquilo que é o objeto de nosso estudo, o fenômeno que pretendemos explicar. Nessa linha, é importante destacar que entendemos por casos emblemáticos (ou paradigmáticos), para os fins desta tese, aqueles que nos ajudam a compreender a dinâmica pela qual o STF atuou ou deixou de atuar (nos casos de resultado negativo, embora potencialmente pudessem ser positivos) para aumentar endogenamente sua centralidade na arena política. Nos preocupamos tão somente, no momento da seleção dos casos, se os mesmos expressavam, em seu resultado final, uma mudança institucional endógena efetiva (para os casos em que de fato houve a mudança) ou potencial (para os casos coletados de resultado negativo). Nessa fase da pesquisa, com o intuito de evitar viés de seleção, não foi verificada a ausência ou presença de quaisquer condições causais com as quais trabalhamos. Frise-se, por oportuno: apenas nos preocupou saber se o caso expressava efetiva ou potencial mudança institucional endógena.

É certo que vários destes casos que integram a matriz analítica, e mesmo aqueles que não foram utilizados mas compuseram inicialmente uma primeira seleção, poderiam ser considerados, por inúmeros outros critérios, como “paradigmáticos”. Julgamentos históricos como o reconhecimento da união homoafetiva ou a aplicação do instituto da fidelidade partidária são exemplos eloquentes do que viemos de afirmar. Por outro lado, alguns dos casos emblemáticos que selecionamos detêm essa qualidade apenas porque ilustram efetivas ou potenciais mudanças institucionais endógenas dos poderes da Corte, dado que a matéria de fundo objeto de debate (ou seja, a questão de mérito) nesses processos não teria semelhante relevância se considerada a ideia de “casos emblemáticos” sob outras diferentes perspectivas com ela relacionadas.

---

<sup>92</sup> O *Mare Incognitum* foi um workshop organizado pelo DCP/USP e pela FGV - Direito Rio, com apoio do site JOTA. Tratava-se de um evento que buscou reunir um conjunto de pesquisadores em *judicial politics*, com o objetivo de discutir temas da área e tentar estabelecer uma agenda de pesquisa futura.

É importante, desde logo, destacar que a presente seleção não espelha necessariamente todo o universo de situações em que o STF promoveu mudança institucional endógena, ou deixou de fazê-lo, embora teoricamente cada caso selecionado apresente uma dessas duas possibilidades. Há uma razão singela para tanto: o universo de ações julgadas pela Corte desde 1988 conta-se na casa das centenas de milhares. Mesmo que a população, por um corte metodológico simplificador (que seria bastante criticável, convém destacar) passasse a ser considerada tomando-se por referência apenas as ADIs e ADPFs (as ações constitucionais mais relevantes e mais usadas como unidade de análise pelos pesquisadores em *judicial politics* no Brasil), a amostra a ser colhida ainda assim seria buscada num universo bastante grande de ações. Não bastasse isso, seriam deixados de lado casos importantes para o exame da trajetória da Corte no campo da mudança institucional endógena, os quais ocorreram por outras vias processuais.

O caminho para a escolha dos casos teria, pois, de forçosamente ser outro. Entendemos então que seria conveniente, para limitar a possibilidade de algum viés de seleção, utilizar alguns filtros que ajudassem a sinalizar a relevância dos casos selecionados, filtros esses que têm como premissa básica o destaque dado aos julgamentos pela comunidade acadêmica (no Direito e na Ciência Política) e pela própria Corte. A partir desse recorte metodológico, fizemos um levantamento sistemático em inúmeros artigos e livros que consideramos representativos no direito constitucional e no direito administrativo brasileiro, cujo escopo eram principalmente a análise das decisões mais relevantes do STF do ponto de vista de afirmação de seu papel institucional; não nos parece o caso de citar integralmente essas obras porque alguns desses julgados se repetem muitas vezes (de modo que é difícil referir uma delas como a fonte original) e porque vários desses julgados também já conhecíamos por força da atividade profissional como magistrado. Há também outra importante razão: parte desses autores consultados nada escreveram que dialogasse diretamente com essa tese (e foram revisitados brevemente apenas pelo fato de que, por nossa experiência profissional como magistrado e professor universitário, sabíamos serem fontes potenciais para se lembrar de um ou outro caso passível de seleção). Cita-los integralmente seria, portanto, uma maneira de aumentar a bibliografia da tese sem uma correspondência substantiva com o seu conteúdo, o que entendemos como metodologicamente incorreto. Não podemos deixar de creditar, porém, a importância para a seleção que alguns autores já mencionados nessa tese tiveram, tais como VIEIRA (2008), CAMPOS (2011) e NEVES (2013). Outra fonte importante de pesquisa foi um levantamento que o Ministro Luis Roberto Barroso faz desde 2006, portanto mesmo antes de seu ingresso na Corte, no qual procura listar e comentar os julgamentos que ele considerada mais importantes do STF a cada ano.

Um caso específico (a ADI 02/DF) deve ser creditado à palestra do Professor Thomaz Pereira (FGV - Direito Rio) no evento "*Mare Incognitum*: desafios da pesquisa empírica sobre o Supremo Tribunal Federal." Outro caso específico, a ADPF 45, tem uma origem muito ligada ao excelente artigo de ARGUELHES e RIBEIRO (2015), cujo uso estratégico como recurso institucional para conversão já tratamos em capítulo próprio.

De outro lado, também utilizamos como filtro de seleção os tradicionais informativos de jurisprudência semanalmente publicados pela Corte, que reúne os julgamentos que ela própria entende possuírem mais relevância e que, portanto, deveriam merecer um destaque maior para o conhecimento da sociedade (e especialmente da comunidade jurídica). Existe também um outro documento muito rico elaborado também pelo STF<sup>93</sup>, que tem como base o texto da Constituição, sendo que cada norma do texto constitucional tem anexada a si os julgados que a Corte<sup>94</sup> entende serem os mais relevantes e que com ela dialogam. Procuramos então centrar nossa atenção nas seções da Constituição que, pelas suas características, mais poderiam resultar em casos de mudança institucional endógena, notadamente os seus primeiros artigos (princípios fundamentais, direitos e garantias individuais) e as partes que tratam do desenho institucional dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

Os casos coletados foram então agrupados em dois grupos (os de resultado positivo e de resultado negativo) e, após, foram selecionados levando-se em conta especialmente dois critérios. O primeiro critério foi o respeito ao horizonte temporal, cuidado natural na medida em que pretendemos analisar a atuação institucional da Corte desde a Constituição de 1988. Buscou-se então cobrir o maior intervalo de tempo possível, resgatando-se decisões desde o período que se seguiu à promulgação do novo texto constitucional, sempre a partir de uma perspectiva que sublinhasse a ocorrência de conversão (ou o então seu não exercício, a despeito de potencialmente cabível). A busca por variação ao longo do período de interesse teórico é importante porque reforça a pretensão de representatividade da seleção empreendida, até porque uma das condições causais que mobilizamos diz respeito exatamente à hipótese de que mudanças na composição da Corte ao longo dos anos possam ter influenciado a sua ação institucional. Não levar em conta esse fator temporal poderia gerar um viés de seleção que impedisse uma análise mais criteriosa dessa condição explicativa.

---

<sup>93</sup> O nome desse documento é "A Constituição e o Supremo", e pode ser encontrado no seguinte endereço: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>

<sup>94</sup> Essa seleção é feita pela Coordenaria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados (e-mail [cjcd@stf.jus.br](mailto:cjcd@stf.jus.br)), a partir de critérios técnicos por ela definidos. Segundo informações que obtivemos no órgão, dentre estes critérios estão o caráter inovador do julgado e a relevância jurídica da tese discutida.

O segundo critério foi privilegiar o quanto possível a diversidade dos casos (quanto ao mérito e à via processual utilizada), também de forma a evitar viés de seleção em relação a outras variáveis a serem mobilizadas. Outra vantagem, segundo PÈREZ-LIÑÁN (2010, p. 130), de escolher casos que sejam “... *en términos generales muy distintos*” é que isso permite “... *eliminar fácilmente explicaciones alternativas una vez que se han detectado las coincidencias fundamentales*”.

Por identidade de razões, também buscamos analisar casos que envolvessem exercício de controle concentrado e controle difuso de constitucionalidade, assim como buscamos, tanto quanto possível, variação no uso de instrumentos processuais para a *conversion*. Assim, não nos limitamos, a utilizar ADIs ou ADPFs como unidade de análise, mas também atentamos para mandados de segurança, mandados de injunção, ações cautelares, processos em grau de recurso extraordinário e mesmo reclamações constitucionais.

Feita a seleção de casos, o passo seguinte foi refinar as condições causais a serem mobilizadas para ajudar a compreender o fenômeno de nosso interesse. É evidente que na seleção inicial dos casos já tínhamos uma boa ideia de quais poderiam ser as possíveis chaves explicativas para se compreender sob quais condições seria possível esperar (ou não) a ocorrência de mudança institucional endógena via *conversion*.

Todavia, ao longo desse processo de pesquisa, e especialmente após a qualificação, nos pareceu importante a preocupação também com a concorrência de potenciais fatores exógenos no processo de mudança institucional.

Convém destacar, como viemos de explicar em capítulo precedente, que a inclusão de condições causais relacionadas com fatores exógenos não infirma a tese da ocorrência de mudança institucional endógena porque essa última continua sendo obra da agência de atores internos à instituição; o ganho institucional obtido pelas Ilhas em seu benefício e do Continente se dá pelo exercício de suas competências típicas enquanto membros de uma corte constitucional, não se cuidando de nova atribuição conferida por ator externo ao STF. Ademais, é pressuposto da *conversion* que para ela também eventualmente concorram fatores exógenos.

Convém ainda lembrar que os casos em que o resultado esperado se apresentava presente foram codificados dicotomicamente como  $Y=1$ , ao passo que naqueles em que apurada sua ausência eram notados como  $Y=0$ . Há uma exceção (ligada à condição explicativa “composição da Corte”) em que o  $Y=0$  não significa propriamente ausência, mas isto será melhor explicado adiante.

Nessa linha, vamos então abordar inicialmente as condições causais que têm alguma conexão com fatores externos à Corte, ainda que, reiterar-se, elas dependam da

agência dos Ministros (no exercício de suas atribuições típicas) para eventualmente contribuir para o resultado de interesse.

Uma primeira condição causal de interesse tem conexão com tema muito tratado na literatura de *judicial politics* como importante fator de contenção da ação política de cortes constitucionais: a potencial reação negativa do Legislativo ou do Executivo a decisões que lhes pareçam de algum modo hostis, seja por implicarem invasão de sua competência, seja por determinarem/dificultarem/impedirem a implementação de políticas públicas, seja por avançarem sobre prerrogativas dos membros destes Poderes.

Inicialmente pensamos em avaliar a possibilidade de resposta separadamente para o Executivo e o Legislativo, mas como uma das recomendações metodológicas na utilização do QCA é justamente a simplificação, tanto quanto possível, das condições causais examinadas, optamos pelo ganho de parcimônia que uma abordagem conjunta proporcionaria. Do ponto de vista teórico, tampouco enxergamos problema em tratar a possibilidade de reação de Executivo ou Legislativo conjuntamente, pois o foco primário da nossa atenção não está em saber o quanto um ou outro Poder individualmente tem capacidade de influenciar o STF no seu processo decisório, ou mesmo se há uma relação dialógica velada com o Executivo (WHITTINGTON, 2005), mas sim se a Corte se preocupa com a potencial reação de atores institucionais externos quando realiza *conversion* por ação endógena.

É importante notar que nossa preocupação central no processo de codificação dos casos selecionados foi analisar se neles era esperada uma potencial reação de Executivo e/ou Legislativo à decisão proferida, seja por meio do seu simples descumprimento, seja pela aprovação de medidas legislativas de reversão daquela, seja pela aprovação de medidas legislativas que diminuíssem o poder do STF. Esse enfoque difere daquele em que a preocupação fosse saber se Executivo e/ou Legislativo seriam contrários à decisão; o que entendemos realmente importar é se os Ministros tinham elementos para temer uma reação concreta de outros atores políticos, ao invés de meras insatisfações retóricas ou sinceras, públicas ou de bastidores.

Assim, quando eventualmente se percebeu que a decisão não tendia a atrair um risco significativo de reação (condição explicativa BPR - baixa probabilidade de reação), a condição causal foi codificada como presente (ou seja, como  $X1=1$ ); havendo efetivo risco de reação, ela foi codificada como ausente (ou seja,  $X1=0$ ). A perspectiva teórica, portanto, é a de que a não visualização de um risco concreto de reação significaria um incentivo institucional (ainda que indireto) para a tomada de decisão de mudança institucional.

Uma outra condição causal variável mobilizada, também ligada a fatores externos, diz respeito à influência da opinião pública na decisão em que se dá a *conversion*. Aqui é



importante especificarmos de que maneira a opinião pública está sendo levada em conta, para que a análise dos dados não venha a se ressentir posteriormente de falta de clareza teórico-metodológica. A opinião pública pode ser trabalhada de diversas formas em relação a uma corte constitucional, especialmente se nos depararmos com uma corte com o grau de exposição midiática como o que tem o STF<sup>95</sup>.

Todavia, a condição explicativa “opinião pública” está mobilizada nesse estudo de um modo simples. O que pretendemos aqui compreender é se a decisão proferida pelo STF, no seu exame de mérito, na questão de fundo tratada, seria bem recebida pela opinião pública. Note-se que a mudança institucional endógena costuma acontecer em espaços interpretativos sutis, e nenhum ator institucional estratégico a promove avisando ao mundo sobre o que está fazendo. Todavia, para que o STF empalme uma competência ou um poder que, em princípio, não lhe caberia (ou que antes ele não reconhecia possuir), entendemos ser importante que, no processo judicial utilizado como veículo para a *conversion*, a decisão de mérito seja vista positivamente pela opinião pública, sendo pouco relevante que esta última perceba ou não que a decisão também tem um impacto institucional de mais longo prazo.

Um exemplo talvez ajude a aclarar o que estamos afirmando como o pressuposto teórico dessa condição: quando o STF decidiu pela aplicação do princípio da fidelidade partidária, a opinião pública recebeu bem a decisão que, em tese, dificultava a criticada cooptação de parlamentares entre partidos. A muito poucos, porém, interessou que essa decisão houvesse sido tomada com a autoatribuição, pela Corte, de poder constituinte derivado, uma espantosa mudança institucional endogenamente promovida pelo STF.

Nossa premissa teórica é a de que o assentimento da opinião pública em relação ao mérito da questão de fundo examinada (e não da mudança institucional endógena perpetrada) é importante porque contribui para a legitimação da *conversion* perpetrada e porque dificulta a reação de atores políticos porventura atingidos, notadamente o Legislativo e/ou o Executivo. O Continente e as Ilhas se encontram, nesse quadro, numa condição política mais confortável para agir. Esta perspectiva é coerente também sobre o quanto falamos acerca da importância teórica de uma conjuntura favorável para a ocorrência da mudança institucional endógena.

---

<sup>95</sup> Vale lembrar, e aqui trabalhamos em linha com as pesquisas de STATON (2010) e CASTILLEJOS-ARAGON (2013) sobre a corte constitucional mexicana, a grande abertura que o STF se impôs para a comunicação com a sociedade, em especial via TV Justiça, o que acabou por criar uma dinâmica de exposição da Corte que naturalmente afeta seu desempenho institucional. Aliás, as cortes constitucionais do Brasil, México e Reino Unido são, até onde foi possível apurar, as únicas que transmitem ao vivo suas sessões.

Assim, quando entendemos que a decisão proferida pelo STF, no que diz respeito ao objeto do processo, e não à alteração dos seus poderes, seria bem recebida pela opinião pública, codificamos a condição causal “opinião pública” como presente (ou seja, como  $X_2=1$ ), e quando a decisão proferida não fosse potencialmente bem vista pela opinião pública a condição foi tida como ausente (ou seja, como  $X_2=0$ ).

Outra condição causal mobilizada tem relação com o eventual uso estratégico de recursos institucionais pelos Ministros durante os julgamentos selecionados. Conforme teorizamos em capítulo precedente, há uma gama de recursos formais e informais postos à disposição das Ilhas, os quais elas têm utilizado de forma consistente para a promoção de sua agenda. No ponto, convém destacar que o uso desses recursos pode, inclusive, ser insuficiente para que se promova a mudança institucional endógena supostamente buscada pela agência de uma das Ilhas, mas não necessariamente deixa de produzir efeitos concretos no caso específico que serviu de veículo para a tentativa frustrada de *conversion*.

Conforme analisamos também no capítulo precedente, essa mobilização estratégica de ativos institucionais formais e informais não está necessariamente ligada à promoção de *conversion*. Por isso admitimos também outra hipótese, qual seja, a de que, embora a mudança endógena via *conversion* tenha sido eventualmente obtida, sua institucionalização não tenha sido o objeto principal da ação da Ilha, constituindo mais um *byproduct* aceito como razoável naquele contexto em que o objetivo central era fazer valer uma preferência decisória acerca de um determinado tema.

Em nossa especificação da condição, portanto, o que centraliza nossa atenção é saber se no caso examinado há indícios consistentes, justificáveis teoricamente, de uso estratégico de recursos institucionais, sejam estes formais ou informais. O Anexo I explica resumidamente o caminho traçado para que se chegasse a essa conclusão em cada caso. Como não temos meios de mesurar diretamente o objetivo do magistrado em cada caso (se voltado para a *conversion* ou para o tema específico do processo), nos pareceu prudente uma concepção mais parcimoniosa da condição explicativa, no sentido de apenas de identificar se nos casos há indícios de uso de recursos, porém sem acessarmos seu objetivo primário. Partimos da premissa de que, qualquer que tenha sido a intenção do ator envolvido, esse uso estratégico produz efeitos na decisão proferida pela Corte e, portanto, pode ter exercido um papel como condição necessária e/ou suficiente para o resultado de interesse.

Assim, quando entendemos que houve uso estratégico de recursos institucionais no processo, codificamos a condição causal “UERI” como presente (ou seja, como  $X_3=1$ ), e

quando isso não nos pareceu detectável a condição foi tida como ausente (ou seja, como  $X3=0$ ).

A fim de aferir o quanto a dimensão individual de ação dos Ministros interfere no empoderamento da Corte, levamos em conta a condição causal “decisão monocrática x colegiada”, pois, em que pese a expressiva liberdade decisória das Ilhas, trabalhamos com a ideia de que o Continente joga um papel importante na fixação do campo de ação daquelas. Assim, as mudanças institucionais precisariam de algum consenso na Corte para serem obtidas, razão pela qual essa condição explicativa ganha relevância. Isso não significa que as Ilhas não disponham de liberdade decisória incomum e que elas não sejam capazes de individualmente interferir na arena política, mas pensamos que essa atuação é normalmente pontual, específica, não se traduzindo em uma mudança institucionalizada de mais longo prazo sem que para tanto o colegiado também convirja na mesma direção.

É importante ressaltar, porém, que duas das decisões selecionadas que seriam codificadas como monocráticas, até porque de fato foram tomadas monocraticamente, acabaram excepcionalmente tendo sua codificação alterada para colegiadas, por motivos que explicaremos agora. A primeira decisão foi tomada pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 45, que foi monocraticamente extinta pelo magistrado por questões processuais e não de mérito. Todavia, como vimos em capítulo precedente, na sua decisão o Ministro teceu longas considerações sobre o mérito do processo, sendo que posteriormente essa fundamentação passou a ser usada como jurisprudência de mérito consolidada da Corte. Entendemos que não cabia aqui considerar a decisão como monocrática porque, a despeito de sua importância fundamental para o processo de mudança institucional endógena, esse se deu, de forma inusitada, através de um procedimento que poderíamos nominar como “complexo”, porque decomposto em duas fases: a mudança endógena somente foi de fato estabilizada a partir do momento em que a tese acolhida na ADPF 45 passou a ser usada por turma do STF, em julgamento colegiado.

A segunda decisão, o afastamento do Deputado Federal Eduardo Cunha da Presidência da Câmara dos Deputados e do exercício do mandato, foi também monocraticamente proferida pelo Ministro Teori Zavascki. Todavia, e embora não deixemos de reconhecer a importância que a Ilha e sua agência tiveram nesse episódio, o fato é que no mesmo dia a decisão foi submetida ao plenário e referendada por aquele colegiado. Pensamos que, afinal, para efeito da mudança institucional de longo prazo, o que mais importou foi a referenda do colegiado, pois acaso essa não acontecesse possivelmente a decisão

monocrática, uma vez reformada, seria recordada apenas como um episódio de crise de belada entre Judiciário e Legislativo, como ocorreu no caso muito semelhante do Senador Aécio Neves (PSDB/MG).

Convém destacar ainda que não estamos desprezando totalmente o fato de essas decisões terem sido tomadas monocraticamente, pois, nesses casos, nossa codificação positiva para o uso estratégico de recursos institucionais levou em conta também o fato de decisões monocráticas terem colocado as Ilhas em uma posição de vantagem para avançar suas preferências decisórias.

Por estes motivos, coerentes com nossa formulação teórica, codificamos a condição “decisão colegiada” como presente (ou seja, como  $X4=1$ ) quando a mesma foi tomada por um colegiado do plenário ou de uma das turmas julgadoras do STF; quando isso não ocorreu e ficou ressaltada a natureza monocrática da decisão, ela foi codificada como ausente (ou seja, como  $X4=0$ ).

Outra condição explicativa resultante da elaboração teórica até aqui empreendida é a distinção entre o que entendemos serem duas gerações de magistrados do STF, quando Ministros mais antigos (em geral, indicados pelo regime militar, mas também alguns dos primeiros anos do pós-1988) começaram a ser substituídos por indicados pelos governos do Partido dos Trabalhadores - PT - que sucessivamente ocuparam o poder desde 2003. Nosso marco temporal foi fixado, porém, não no início do primeiro mandato do Presidente Lula, mas sim a partir da indicação conjunta de três Ministros para a Corte (Ministros Cezar Peluso, Ayres Britto e Joaquim Barbosa), ocorrida em 07 de maio de 2003. Dentre os Ministros que se aposentavam nessa primeira leva de indicados estava a maior liderança do STF à época: o Ministro Moreira Alves. Ele era também o maior responsável pela postura de uma certa autocontenção detectada pelas pesquisas em Ciência Política que enfocaram os primeiros anos do STF no pós-1988; esse mesmo diagnóstico de autocontenção, registre-se, é compartilhado por muitos acadêmicos no campo do Direito, como CAMPOS (2011).

De outro lado, embora não tenha sido indicado por governos petistas, e seja até mesmo ácido crítico daqueles, o Ministro Gilmar Mendes sintetiza imagetivamente, sem a liderança de Moreira Alves, mas com inegável influência interna, uma nova postura do STF. Percebe-se agora uma Corte menos contida no uso dos recursos institucionais postos à sua disposição e imbuída de um senso de efetivação do texto constitucional que certamente contrasta com a geração que a antecedeu. Nossa perspectiva é a de que essa condição explicativa desempenha um papel importante no processo de mudança institucional endógena, razão pela qual ela foi mobilizada em nossa matriz analítica.

Assim, se a decisão foi tomada na Corte Gilmar Mendes, entendemos como mais provável a possibilidade de mudança institucional endógena e codificamos a condição causal como presente (ou seja, como  $X5=1$ ). Uma decisão tomada na Corte Moreira Alves foi então codificada como ausência (ou seja,  $X5=0$ ). A “ausência” da condição explicativa, contudo, não significa que o fator composição não seja relevante, mas sim nos permitirá estabelecer o quanto cada composição da Corte foi fator relevante para a ocorrência de *conversion*. Como as condições são alinhadas dicotomicamente, estabelecemos a “presença” em consonância com nossa teorização, mas pensamos que se a “ausência” em algum momento surgir como fator relevante isso terá de ser interpretado como sendo o papel desempenhado pela Corte Moreira Alves (com suas características próprias, as quais entendemos serem diversas do período posterior). Apenas caso “presença” e “ausência” não surjam como condição necessária ou suficiente para o resultado de interesse é que poderíamos falar que a composição de uma corte constitucional não tem relevância causal para a mudança institucional endógena.

Por fim, procuramos também avaliar o quanto a utilização de uma gramática neoconstitucionalista, de uma retórica que possa ser vinculada àquela corrente de pensamento, marca os votos condutores que acabaram resultando em julgamentos que promoveram a *conversion*. Importante repisar que a opção por usar os termos “gramática” ou “retórica” tem como pano de fundo a escolha consciente de não propor um debate normativo sobre se o neoconstitucionalismo foi aplicado ao caso concreto em consonância aos critérios que seus defensores na academia estabelecem como orientação para uma boa prática hermenêutica. Não há intenção de se estabelecer um liame causal entre esta corrente de pensamento e o nosso fenômeno de interesse, de forma que operacionalizamos um outro modo de entender essa condição causal.

Reiteramos, pois, que em nossa montagem da matriz analítica consideramos apenas se o acórdão usava de maneira consistente (e não apenas extremamente pontual) uma linha de argumentação que pudesse ser claramente vinculada ao conjunto de ideias acolhido pelo neoconstitucionalismo. Não nos importa, portanto, se essa gramática, se essa linha de argumentação com nítida retórica neoconstitucionalista, constitui boa ou má aplicação deste modo de entender a Constituição; o que nos interessa é que sua leitura nos permita inferir que, ainda que o magistrado não seja adepto do neoconstitucionalismo, ele utilizou seu arsenal retórico no convencimento de seus pares, reafirmando uma cultura da Corte em que a menção a princípios constitucionais de normatividade fluída e anseios da sociedade compõe aspecto importante do processo decisório do colegiado.

Exemplo relevante é a decisão proferida pelo Ministro Teori Zavascki na Ação Cautelar 4070/DF. Ainda que ele claramente não fosse um neoconstitucionalista como alguns de seus colegas, a leitura de sua decisão permite ver que a superação do duro ônus argumentativo de sustentar medida grave e assumidamente não prevista na Constituição (o afastamento de parlamentar do exercício do mandato) se deu com menções a princípios constitucionais e sua eventual prevalência sobre as normas aplicáveis, ainda que essas também tivessem hierarquia constitucional. Essa passagem era um elemento chave do seu voto, de resto bastante centrado em elementos técnicos de direito e processo penal, e por isso codificamos essa decisão como possuindo uma retórica neoconstitucionalista. Evidentemente todos os demais acórdãos foram lidos e classificados segundo a mesma chave teórica.

Portanto, a codificação ocorreu de forma que a condição explicativa “neoconstitucionalismo” fosse tida como presente (ou seja, como  $X6=1$ ) quando o uso de uma retórica neoconstitucionalista foi detectado no voto vencedor, ao passo que a ausência (ou seja, como  $X6=0$ ), foi usada para os casos em que isso não ocorreu.

As condições causais, então, seriam as seguintes, dispostas e codificadas de forma dicotômica: a) se havia baixa probabilidade de reação do Legislativo e/ou Executivo à decisão tomada (estando presente a condição foi codificada como 1, havendo possibilidade concreta de reação a codificação foi 0); b) se a posição esperada da opinião pública era favorável ou contrária à decisão (se a opinião pública fosse entendida como potencialmente favorável a codificação foi 1, e o contrário como 0); c) se houve ou não uso estratégico de recursos institucionais à disposição dos Ministros (o uso foi codificado como 1 e sua ausência como 0); d) a dimensão colegiada ou monocrática da decisão (sendo a decisão colegiada codificada como positiva 1, e a monocrática como ausência de colegiada 0); e) se a decisão foi tomada na Corte Moreira Alves ou na Corte Gilmar Mendes (nesse caso, em harmonia com nossa teorização precedente, a decisão na Corte Gilmar Mendes foi codificada como 1 e sua não ocorrência nesse período como 0); f) se a decisão usava ou não uma retórica típica do neoconstitucionalismo (em caso positivo 1, e em caso negativo 0).

### **5.3 A construção de nossa matriz analítica**

Passaremos agora a analisar os resultados apurados após a montagem de uma primeira versão da matriz analítica, que leva em conta as duas decisões inicialmente tomadas monocraticamente, mas classificadas como colegiadas segundo nossas justificativas teóricas.

A matriz analítica ficou assim estruturada:

### Matriz Analítica 1

Case	X1	X2	X3	X4	X5	X6	Y
Caso 1							
ADPF 132/RJ	1	1	0	1	1	1	1
Caso 2							
ADPF 54/DF	1	1	1	1	1	1	1
Caso 3							
RCL 4374/PE	1	1	1	1	1	1	1
Caso 4							
ADI 939-7/DF	1	1	0	1	0	0	1
Caso 5							
RE 271286 AgR/RS	1	1	0	1	0	1	1
Caso 6							
MS 26603/DF	0	1	0	1	1	1	1
Caso 7							
MI 670/ES	1	1	1	1	1	0	1
Caso 8							
ADI 2797/DF	1	1	1	1	1	0	1
Caso 9							
ADPF45/DF	1	1	1	1	1	1	1
Caso 10							
AC 4070/DF	0	1	1	1	1	1	1
Caso 11							
MS 32033/DF	0	0	1	1	1	0	0
Caso 12							
MS 20297/DF	0	0	0	1	0	0	0
Caso 13							
ADI 525 MC	0	0	0	1	0	0	0
Caso 14							
ADI 305 MC	1	0	0	1	0	0	0
Caso 15							
ADI 605 MC	0	0	0	1	0	0	0
Caso 16							
ADI 466/DF	0	0	0	1	0	0	0
Caso 17							
RCL 2617/MG AgR	0	0	0	1	1	0	0
Caso 18							
ADPF 144/DF	0	0	0	1	1	0	0
Caso 19							
RCL 11.423/DF	0	0	1	1	1	0	0
Caso 20							
ADI 02/DF	0	1	0	1	0	0	0

Onde:

Y significa mudança institucional endógena observada (Y=1), não observada (Y=0);

X1 significa baixa probabilidade de reação observada (X1=1), não observada (X1=0);  
 X2 significa opinião pública favorável observada (X2=1), não observada (X2=0);  
 X3 significa uso estratégico de recursos institucionais observado (X3=1), não observado (X3=0);  
 X4 significa decisão colegiada observada (X4=1), não observado (X4=0);  
 X5 significa Corte Gilmar Mendes observada (X5=1), não observada (X5=0);  
 X6 significa uso de uma retórica neoconstitucionalista observada (X6=1), não observada (X6=0).

Nosso modelo, portanto, pode ser assim formalizado:  $Y = f(X1+X2+X3+X4+X5+X6)$ , o que significa dizer que Y é uma função das possíveis combinações das condições causais do modelo teórico desenvolvido.

#### 5.4 A análise das condições necessárias

O passo seguinte à montagem da matriz analítica, como explicamos, é apurar a existência de condições necessárias para a ocorrência de nosso resultado de interesse (a mudança institucional endógena).

O programa fs/QCA realiza essa tarefa, que resultou no resultado apresentado no quadro que se segue.

#### Análise de condições necessárias

Conditions tested:		
	Consistency	Coverage
X1	0.800000	0.888889
~X1	0.200000	0.181818
X2	1.000000	0.909091
~X2	0.000000	0.000000
X3	0.600000	0.750000
~X3	0.400000	0.333333
X5	0.800000	0.666667
~X5	0.200000	0.250000
X6	0.700000	1.000000
~X6	0.300000	0.230769

A condição é considerada necessária quando seu índice de consistência é igual a 1, a indicar que em todos os casos em que ocorreu o resultado de interesse (Y) a condição (X) estava presente. Convém lembrar ainda que uma condição pode ser necessária para que se apure o resultado de interesse, mas isso não quer dizer que ele obrigatoriamente



ocorrerá. Para isso é preciso verificar adiante a tabela da verdade e as configurações causais suficientes para o resultado de interesse.

Um ponto que merece a devida explicação é o porque não testamos a condição causal “decisão colegiada” como condição necessária. Ocorre que um olhar atento à matriz analítica nos permite observar que essa condição foi encontrada em todos os casos da amostra (positivos e negativos), por mais que na sua confecção tenhamos buscado diversidade nos seus mais variados aspectos. Os dois únicos casos em que houve decisão monocrática, convém lembrar, foram codificados como decisão colegiada consoante justificação teórica que aportamos, da qual evidentemente estamos convictos. Assim, se na amostra selecionada essa condição não apresenta variação, ela deve ser entendida como uma constante, de modo que a decisão colegiada passa a ser entendida como um pressuposto teórico de nosso modelo e não precisa ser testada como uma condição necessária para a ocorrência do resultado de interesse. Não descartamos a hipótese de que em outra amostra com maior número de casos (e especialmente se o período pesquisado envolver casos mais recentes ou dos próximos meses críticos que viveremos) possa ser detectada alguma decisão monocrática que assim continue codificada. Achamos, porém, pequena essa possibilidade. Se é verdade que as Ilhas têm grande liberdade para avançar suas preferências decisórias mais imediatas, a mudança institucional endógena, pelas suas características intrínsecas, tende a depender do apoio do colegiado.

Passando ao exame do quadro, é possível verificar que foi detectada uma condição necessária para a ocorrência da mudança institucional endógena: a decisão deve ser recebida favoravelmente pela opinião pública; como alertamos, o que consideramos como opinião pública favorável está relacionado com o mérito do processo utilizado como instrumento para a mudança institucional endógena, o seu tema aparente (por exemplo, fidelidade partidária ou aumento do valor de um benefício assistencial), e não se a opinião pública concorda com a *conversion* realizada.

Dado o grande grau de exposição midiática do STF e a participação cada vez mais aberta das Ilhas na arena política, não surpreende que esse seja um fator a ser levado especialmente em conta no momento da promoção de *conversion*. Esse achado é, ademais, totalmente coerente com extensa e consolidada literatura do campo, no sentido de que a aceitação dos julgamentos de uma corte constitucional pela sociedade constitui uma de suas preocupações centrais porque é fonte direta de sua legitimação e, portanto, de sua capacidade de fazer com que suas decisões sejam observadas pelos demais atores políticos.

Se assim já o é normalmente, com maior ênfase seria de se esperar que uma corte constitucional esteja atenta à opinião pública quando se aproveita de espaços de interpretação (ou os expande artificialmente) para promover a *conversion*, pois é intuitivo que o deslocamento (ainda que não expressamente declarado) de seu lugar na arena política precisa encontrar amparo na opinião pública para diminuir a possibilidade de reação contra o movimento perpetrado.

## 5.5 A análise das condições suficientes

A análise das condições suficientes apura a tabela da verdade, de modo que possamos avaliar quais seriam os conjuntos de condições causais consideradas como suficientes para a ocorrência do resultado de interesse.

Foram apurados os seguintes resultados, na sua versão complexa e intermediária, sendo que a parcimoniosa<sup>96</sup>, por seu baixo potencial explicativo em virtude do modo como lida com os contrafactuais (como dissemos antes, no processo de minimização lógica considera todos como verdadeiros), não será objeto de nossa análise. Importante notar desde logo que os resultados apurados nas soluções complexa e intermediária convergem, o que entendemos reforçar nossas conclusões. Outro ponto relevante é que ambas as soluções apresentaram grau de consistência igual a um, o que significa que elas explicam todos os casos da amostra, reforçando igualmente a coerência de nossos achados.

Para efeito de solução intermediária, consideramos que a utilização de uma “retórica neoconstitucionalista” deveria ser considerada apenas como condição presente, pois em nossa articulação teórica não faz sentido pensar na ausência desta condição causal, dadas suas características de alargamento do campo de discricionariedade dos juízes, como *elemento catalisador* da ocorrência de *conversion*. Todavia, esse cuidado teórico não produziu qualquer impacto estatístico, tanto é que as soluções complexa e intermediária coincidem.

Quanto ao uso de recursos institucionais estratégicos, que em princípio se vincularia também à promoção da mudança institucional endógena, optamos por testar presença e ausência em razão da possibilidade (pequena) de que a ausência da condição fosse um elemento importante na dinâmica da Corte Moreira Alves, que em tese tenderia a privilegiar um comportamento observador da colegialidade. E o programa fs/QCA, ao calcular a solução intermediária, questiona exatamente se aquela condição deve contribuir para que o resultado de interesse caso esteja presente, ausente ou nas duas hipóteses.

---

<sup>96</sup> Sem embargo, para possibilitar a verificação dos testes, os resultados da solução parcimoniosa estão colacionados no Anexo II desta tese.

## Análise da tabela de verdade

O modelo, agora ajustado, apresenta a seguinte formalização, e a solução é dada, pelo algoritmo de Quine-McCluskey:

$$Y = f(X1, X2, X3, X5, X6)$$

Note-se a ausência da condição X4, que como já discutido, foi retirada da análise por não ter apresentado variação nos casos selecionados na amostra.

## Solução complexa

	raw	unique	
	coverage	coverage	consistency
X2*X5*X6	0.6	0.3	1
X1*X2*~X3*~X5	0.2	0.2	1
X1*X2*X3*X5	0.5	0.2	1
solution coverage: 1			
solution consistency: 1			

\* frequency cutoff: 1; consistency cutoff: 1

Casos com valor maior que 0.5 no termo X2\*X5\*X6:

Caso 1 (1,1), Caso 2 (1,1), Caso 3 (1,1), Caso 6 (1,1), Caso 9 (1,1), Caso 10 (1,1)

Casos com valor maior que 0.5 no termo X1\*X2\*~X3\*~X5:

Caso 4 (1,1), Caso 5 (1,1)

Casos com valor maior que 0.5 no termo X1\*X2\*X3\*X5:

Caso 2 (1,1), Caso 3 (1,1), Caso 7 (1,1), Caso 8 (1,1), Caso 9 (1,1)

## Solução intermediária

	raw	unique	
	coverage	coverage	consistency
X2*X5*X6	0.6	0.3	1
X1*X2*~X3*~X5	0.2	0.2	1
X1*X2*X3*X5	0.5	0.2	1
solution coverage: 1			
solution consistency: 1			

\* frequency cutoff: 1; consistency cutoff: 1; Assumptions: X6 (present)

Casos com valor maior que 0.5 no termo X2\*X5\*X6:

Caso 1 (1,1), Caso 2 (1,1), Caso 3 (1,1), Caso 6 (1,1), Caso 9 (1,1), Caso 10 (1,1)

Casos com valor maior que 0.5 no termo  $X1*X2*\sim X3*\sim X5$ :

Caso 4 (1,1), Caso 5 (1,1)

Casos com valor maior que 0.5 no termo  $X1*X2*X3*X5$ :

Caso 2 (1,1), Caso 3 (1,1), Caso 7 (1,1), Caso 8 (1,1), Caso 9 (1,1)

Trabalhamos com um índice de consistência igual a 1 (e não 0.8), dado que o número de casos utilizado é baixo.

A análise dos casos mostra a existência de três configurações de condições suficientes para a ocorrência de *conversion*, os quais nos parecem coerentes com nossa elaboração teórica. Os conjuntos de condições causais apontados pelo programa fs/QCA como estatisticamente relevantes, capazes de desencadear o resultado de interesse, são:

- a) que a decisão seja proferida na Corte Gilmar Mendes, que nela tenha sido utilizada uma retórica neoconstitucionalista e que a opinião pública seja favorável. A última condição, convém lembrar, é também condição necessária para a ocorrência do resultado de interesse, assim como será nos dois próximos conjuntos a serem apresentados ( $X2*X5*X6$ ). Nesse conjunto causal podemos citar casos como a ADPF 132-RJ (que conferiu à união homoafetiva o status de união estável), o MS 26603/DF (que criou o instituto da perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária) e a AC 4070/DF (pela qual se permitiu o afastamento de parlamentar da Presidência da Câmara e do exercício do mandato);
- b) que haja baixa probabilidade de reação de Legislativo e/ou Executivo, que seja durante a Corte Moreira Alves<sup>97</sup>, que os Ministros não utilizem estrategicamente os recursos institucionais de que dispõem e que a opinião pública seja favorável ao julgamento proferido ( $X1*X2*\sim X3*\sim X5$ ). Nesse conjunto causal podemos citar casos como a ADI 939-7/DF (onde, examinando a constitucionalidade da cobrança da IPMF, se permitiu ao STF controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais) e o RE 271286 AgR/RS (pelo qual se passou a determinar o fornecimento gratuito de medicamentos para portadores de AIDS);
- c) que haja baixa probabilidade de reação de Legislativo e/ou Executivo, que a decisão seja proferida na Corte Gilmar Mendes, que nela tenham sido utilizados

---

<sup>97</sup> Observe-se que a condição causal selecionada -  $\sim X5$  - é a ausência da Corte Gilmar Mendes, o que, nos termos em que codificamos a condição, significa a presença da Corte Moreira Alves.

estrategicamente os recursos institucionais de que as Ilhas dispõem e que opinião pública seja favorável ( $X1 * X2 * X3 * X5$ ). Nesse conjunto causal podemos citar casos como a ADPF 54/DF (pela qual se permitiu o aborto de feto anencéfalo), o MI 670/ES (pelo qual se regulamentou genericamente o direito de greve no serviço público) e a ADPF45/DF (pela qual se afirmou a possibilidade de intervir na formulação de políticas públicas (inclusive opções legislativas orçamentárias) e de se apreciar vetos legislativos opostos pelo Executivo.

Um ponto relevante na análise aqui empreendida é que se considerarmos as configurações B e C, vemos um núcleo comum formado pelas condições X1 e X2, variando, em ambos os casos, apenas no par final da configuração. Para efeito de simplificação, pode-se então fundir as duas configurações num termo mais simples, assim designado:  $X1 * X2 (\sim X3 * \sim X5 + X3 * X5)$

Essa formalização sugere que, mantidas constantes a baixa probabilidade de reação dos demais poderes e a opinião pública favorável, a variação nos pares finais merece uma análise particular. A corte Gilmar Mendes, marcada por decisões com a utilização de recursos institucionais, é um primeiro cenário. O segundo, são as decisões na corte Moreira Alves, sem o uso desses recursos. A troca de guarda, portanto, parece realmente ser relevante na análise. Contudo, a troca de guarda *per se* não explica os diferentes contextos nos quais o STF atuou promovendo a *conversion*, ela deve ser pensada em combinação com o uso dos recursos institucionais. Na seção seguinte discute-se esses dois cenários.

### 5.5.1 A análise das condições suficientes na Corte Moreira Alves

Cumpra agora refletir sobre o que os dados apurados nos ensinam, assim como o que nos ensina a ausência de determinadas condições explicativas nos conjuntos apontados como aqueles que apresentam as condições suficientes para a mudança institucional endógena.

Uma primeira reflexão diz respeito aos casos em que houve *conversion* na Corte Moreira Alves. Quando montamos a matriz analítica, tivemos o cuidado de buscar casos positivos em todo o período decorrido desde a promulgação da Constituição de 1988, mas mesmo assim nossa formulação teórica sempre teve em conta a menor probabilidade de verificação do fenômeno naquele marco temporal (Corte Moreira Alves) porque as características da sua composição e de sua prática de adjudicação constitucional assim indicavam. Coerentemente com essa premissa, convém anotar que realmente foi proporcionalmente

mais fácil encontrar casos no marco temporal da Corte Gilmar Mendes do que no daquela outra composição.

Os dados apurados confirmam nossas premissas teóricas. Afinal, o resultado que apresentamos demonstra como é importante o fator composição da corte constitucional, pois as condições para a *conversion* divergem de modo relevante entre a Corte Moreira Alves e a Corte Gilmar Mendes.

No segundo conjunto de condições causais tidas como suficientes para o resultado de interesse, verificamos que a presença da condição “baixa probabilidade de reação” jogava um papel relevante no processo decisório da Corte quando ela pretendeu avançar seu lugar na arena política. Trata-se de uma descoberta bastante coerente com o perfil de uma composição em sua maioria ainda oriunda do regime militar, com uma concepção deferente e autocontida de exercício da adjudicação constitucional. A Corte Moreira Alves somente se sentia suficientemente incentivada a promover a *conversion* quando, além da opinião pública se demonstrar potencialmente favorável ao que decidiria (condição necessária, convém lembrar), também não antevisse um risco concreto de reação do Legislativo e/ou Executivo.

Embora o texto constitucional houvesse legado ao STF um desenho institucional generoso, do ponto de vista de sua centralidade política, pensamos que à época a Corte ainda praticava um exercício mais cuidadoso de demarcação dos seus espaços institucionais, possivelmente pelo perfil político baixo da sua composição naquele momento histórico; outra chave explicativa seria o eventual receio de que aquele peso institucional conquistada em potência no texto constitucional viesse a ser objeto de ataques prematuros de atores externos e não pudesse se materializar no futuro, caso a Corte fosse afoita na afirmação do seu papel na arena política. Esse tipo de desempenho institucional inicial, aliás, seria coerente com os dados apurados em países cuja experiência com cortes constitucionais é mais recente e menos enraizada, pois elas “... *must be careful to establish their power*”, mas ao longo do tempo “... *it is typical that the exercise of judicial review and the importance of judicial power expands with democratization*” (GINSBURG, 2003, p. 71). Assim, nos parece natural encontrar a baixa probabilidade de reação como uma condição causal para a *conversion* nesse período.

De outro lado, não constitui surpresa que a ausência de um uso estratégico de recursos institucionais apareça também como condição para a *conversion* na Corte Moreira Alves. No ponto, os dados têm que ser compreendidos com a devida sensibilidade. Pela nossa formulação teórica, o uso estratégico de recursos institucionais tende a auxiliar a

prática de *conversion*, e os casos que mobilizamos ao longo da tese corroboram essa perspectiva (v.g. o pedido de vista de anos feito pelo Ministro Gilmar Mendes no mandado de injunção sobre o direito de greve no serviço público). Isto posto, pensamos que a ausência de mobilização de recursos institucionais estratégicos como condição componente de um conjunto de condições suficientes para a *conversion* deve ser entendida como relacionada com a concepção que a Corte Moreira Alves tinha do *judicial review*. Cuida-se, pois, de um dado que reforça a importância da composição da Corte e da sua prática hermenêutica para a ocorrência da mudança institucional endógena, pois é natural que de uma composição autocontida e onde o respeito à colegialidade era um valor cultural mais arraigado não se espere a agência mais agressiva das Ilhas.

Nas entrevistas que fizemos foi possível perceber que, a despeito de uma certa preocupação natural de se manter diante do entrevistador uma imagem compatível com o que seria a *persona* de um magistrado, havia, de fato, uma sinceridade na maioria dos entrevistados na reprovação ao uso de recursos para fins que não aqueles próprios do instituto (por exemplo, o pedido de vista em situação que não fosse uma dúvida real sobre como votar num dado processo). Trabalhamos com a perspectiva de que essa ação estratégica, conquanto pudesse existir à época, enfrentava restrições maiores na cultura da Corte e era mais tipicamente esperável de Ministros daquele período que tiveram antes passagem na vida política partidária.

O fato de estar presente a condição explicativa opinião pública favorável era esperado e reforça a consistência do achado. Afinal, ela foi apurada como condição necessária para a ocorrência de mudança institucional endógena. Ademais, numa composição com perfil político baixo de atuação, é natural que a *conversion* dependa de uma opinião pública favorável, que dê suporte à decisão proferida, de modo a minimizar a possibilidade de reação e de eventual retaliação à Corte. Como nossa análise de certo modo já deixa claro, os dados apurados parecem apontar para a conclusão de que a composição da Corte joga um papel muito relevante na probabilidade<sup>98</sup> de que a instituição busque a mudança institucional endógena e na forma pela qual esta mudança será eventualmente implementada.

### **5.5.2 A análise das condições suficientes na Corte Gilmar Mendes**

Nossa concepção sobre as diferenças entre as Cortes Moreira Alves e Gilmar Mendes parte da ideia, de resto acatada por expressiva parcela do constitucionalismo brasileiro,

---

<sup>98</sup> Afinal, esse conjunto de condições suficientes explica apenas 2 de 10 casos, a indicar que ele era menos provável de acontecer que os demais conjuntos

de que aquela primeira tinha uma prática de adjudicação constitucional deferente ao Executivo e Legislativo, com uma concepção restritiva do alcance do princípio da separação dos poderes.

A formação jurídica desses magistrados era mais tradicional, com especial destaque para a ideia de que os princípios constitucionais não possuem o potencial normativo que lhes confere a geração seguinte. A norma expressa, seja ela constitucional ou legal, não poderia ser afastada para ceder lugar à imposição direta de princípios constitucionais de conteúdo fluido, cuja aplicação prática é muito dependente daquilo que o magistrado diz que se extrai deles no caso concreto. Nesta primeira geração da Corte, seria bem menos provável que uma norma legal, caso fosse compatível com uma das possíveis interpretações do texto da Constituição de 1988, deixasse de ser aplicada em benefício de um entendimento subjetivo do magistrado quanto ao alcance de um princípio constitucional.

Por essa razão, os dados apurados na tabela da verdade são completamente coerentes com nossa formulação teórica, ao vincularem a variável "Corte Gilmar Mendes" com as variáveis "uso estratégico de recursos institucionais" e "retórica neoconstitucionalista". E apontam para o entendimento de que aquilo que KAPISZEWSKI (2012, p. 119) denominou como o "caráter de uma corte constitucional", derivado de sua "cultura interna", passou por uma mudança nessa troca de guarda cuja importância aqui tanto enfatizamos.

O tempo de maturação do discurso neoconstitucionalista na academia, *locus* onde passou a constituir uma corrente influente de hermenêutica constitucional, aliado à passagem de guarda no STF, propiciou as condições para que a adoção de uma "retórica neoconstitucionalista" fosse mobilizada como ferramenta de mudança institucional endógena. Um dado assumido como verdadeiro por representativa corrente de pesquisadores em *judicial politics*, e mesmo mais recentemente por referências teóricas consagradas na escola do comportamento estratégico (EPSTEIN e KNIGHT, 2013), é de que a boa aplicação do Direito joga um papel importante para muitos juízes. Ora, se o Direito de fato influi no processo decisório a ponto de afetar a imposição das preferências pessoais do julgador, nada melhor do que uma hermenêutica constitucional que diminua o ônus argumentativo necessário para se romper barreiras jurídicas e, assim, fazer valer a solução mais desejada.

A vinculação do neoconstitucionalismo com a troca de guarda no STF é percebida também por Ministros da Corte Moreira Alves, como o Ministro AP 03:

"É outro problema do Supremo...

**Da composição atual?**



É o chamado Neo... Da composição atual. No nosso tempo, vinha uma questão dessa, casamento de homem com homem, mulher com mulher. Então, a gente seguia uma orientação, que eu acho que foi ditada por Moreira Alves, mas a gente seguia “não há lei disciplinando a matéria, entendeu, envie-se ofício ao Congresso comunicando isso”.

#### **Uma postura mais legalista assim...**

É. Então vai pra lá... Negócio de célula tronco. A gente olha as leis, não tem nada. Congresso. Quem faz lei é o Congresso. Se fizer fez, se não fizer problema não é do Tribunal. E era assim. E hoje não, hoje é o contrário. Hoje é o chamado neoconstitucionalismo, que interpretando a constituição você até afasta a incidência de lei, muda inclusive o sentido de lei.”

Também o ex-Ministro Nelson Jobim, em recente entrevista ao site Conjur<sup>99</sup>, fez menção ao tema, ainda que não nominando explicitamente a corrente teórica a que se referia:

#### **“ConJur — É um fator novo a judicialização?”**

Nelson Jobim — Desde que entrou em vigor a Constituição de 1988 houve uma tentativa de levar conflitos políticos para o Supremo decidir. E o tribunal, muitas vezes, inclusive quando eu estava lá, reagia dizendo que “matéria de política não é para a gente decidir”. Só que houve uma disfuncionalidade no processo político e eles acabaram sendo levados ao tribunal. Depois de um tempo, o Supremo começou a entrar nisso. E como há muitos temas constitucionais, toda discussão sobre leis acaba tendo uma referência constitucional. Principalmente considerando o fato de movimentos teóricos começarem a dizer que o peso da literalidade da Constituição está sujeito a interpretações que importam em mudar inclusive seu conteúdo.” (grifos nossos)

Então, para além do fato de que alguns Ministros da Corte são assumidamente neoconstitucionalistas, nos parece que a influência dessa escola no meio jurídico (especialmente na academia) acabou se espalhando com uma certa facilidade para todo o Judiciário porque tinha o efeito indireto de aumentar a discricionariedade do magistrado no processo decisório, ainda que, como nos advirta SARMENTO (2011), isto ocorra de uma maneira que muitos acadêmicos neoconstitucionalistas não acatem como exercício legítimo de sua doutrina. Não por outro motivo, nesse novo ambiente cultural, pudemos encontrar em nossa amostra exemplos de Ministros que não se reconhecem como neoconstitucionalistas, e que eventualmente assim também não seriam reconhecidos pela academia, utilizando-se pontualmente de uma retórica neoconstitucionalista, provavelmente como recurso para obter apoio de seus pares e legitimação na opinião pública para fazer valer suas preferências decisórias. Esse achado inicialmente nos surpreendeu, mas depois compreendemos que era coerente com nossas premissas teóricas.

---

<sup>99</sup> A entrevista pode ser encontrada no seguinte link: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-18/entrevista-nelson-jobim-ex-presidente-supremo-tribunal-federal>

O exemplo mais eloquente seria o voto do Ministro Teori Zavascki na Ação Cautelar 4070/DF, que implicou no afastamento do então Deputado Federal Eduardo Cunha (PMDB-RJ) do exercício do mandato e da Presidência da Câmara dos Deputados. Antes de iniciar sua análise sobre a questão penal propriamente dita, o Ministro procura justificar a constitucionalidade da dura medida que tomava, pois ela não encontrava autorização expressa no texto constitucional. O giro retórico mais importante do Ministro Teori Zavascki, nesse ponto, nos pareceu ser quando ele transcreve grande trecho de uma decisão da Ministra Carmen Lúcia sobre tema análogo e a corrobora integralmente para afirmar que "Eventualmente, há que se sacrificar a interpretação literal e isolada de uma regra para se assegurar a aplicação e o respeito de todo o sistema constitucional." Adiante, ainda citando a sua colega, o Ministro Teori acrescenta que "Afastar-se os princípios constitucionais para aplicar a regra excepcional não é, seguramente, garantir a ordem pública e a segurança jurídica". Como vimos no capítulo 2, o afastamento de normas expressas (e até mesmo daquelas com assento constitucional) em benefício de uma determinada interpretação de princípios constitucionais constitui um recurso típico da retórica neoconstitucionalista, em especial quando a menção aos princípios se dá de um modo um tanto genérico, sem que se desincumba do ônus argumentativo de explicitar quais o (s) princípio (s) aplicáveis ao caso concreto, justificando sua escolha. A única menção mais explícita a que o Ministro Teori faz logo adiante é ao princípio da igualdade<sup>100</sup>, mas pensamos haver demonstrado que, para além do debate normativo aqui presente, o que nos interessa fundamentalmente é que o recurso a uma retórica neoconstitucionalista serviu como instrumento estratégico para auxiliar no convencimento dos pares e da opinião pública e, assim, se obter a mudança institucional endógena significativa que era pretendida e que o próprio Ministro reconhecia não encontrar amparo no texto literal da Constituição de 1988.

Analisando os dados, não surpreende que o uso de uma retórica neoconstitucionalista apareça então como condição causal que, junto da opinião pública favorável e Corte Gilmar Mendes, forme um conjunto suficiente para a mudança institucional endógena.

No ponto, os dados são eloquentes tanto pelo que dizem expressamente quanto pelo que ensinam nas suas lacunas. O que pudemos concluir é que o recurso a uma retórica neoconstitucionalista tende a ganhar o status de condição causal em situações em que a Corte não quis se prender a cálculos sobre a ação de outros atores para decidir como quis,

---

<sup>100</sup> Ele o faz de dois modos e sem desenvolver muito seu ponto: para afirmar a igualdade de todos perante a lei e para afirmar a igualdade de prerrogativas entre os Poderes, de modo a não se justificar um tratamento diferenciado em relação aos membros do Legislativo. Essa segunda linha de argumentação é bastante problemática e dá margem a nova mudança institucional endógena no futuro, se cogitarmos sua possível extensão à Presidência da República.

pois a baixa probabilidade de reação deixa de se apresentar como condição causal relevante. Se o potencial de conflito institucional é maior porque essa condição causal não é levada em conta, o uso de uma retórica neoconstitucionalista se torna mais atraente em razão da expressiva liberdade argumentativa que lhe é inerente, e de uma linguagem mais impregnada de um discurso moral que melhor se comunica com a sociedade nesses momentos em que a Corte precisa de forte legitimação. A análise dos casos, portanto, demonstra que a retórica neoconstitucionalista cumpre seu principal papel nos momentos mais decisivos do STF, ou seja, quando ele deixa de levar em conta a baixa possibilidade de reação para agir como entende ser o modo mais adequado.

Convém observar que no terceiro cenário, a condição causal baixa probabilidade de reação reaparece, como na Corte Moreira Alves, mas agora obrigatoriamente ligada à Corte Gilmar Mendes e ao uso estratégico de recursos institucionais. Dado que sempre sublinhamos a importância da conjuntura para a mudança institucional endógena, é coerente com nossa formulação teórica que a baixa probabilidade de reação apareça como condição causal também na Corte Gilmar Mendes. Todavia, exatamente ao contrário da Corte Moreira Alves, o conjunto de condições suficientes para a *conversion* demanda nesse caso o obrigatório uso de recursos institucionais estratégicos. Reanalizando os casos selecionados, nos pareceu que isso se deve ao fato de que a mudança institucional na Corte Moreira Alves, quando excepcionalmente ocorreu, decorreu diretamente da vontade do colegiado, sem que nenhum Ministro tenha de alguma forma manobrado estrategicamente os recursos de que dispunha para atingir esse objetivo, tanto é que essa condição causal aparece no conjunto com o sinal negativo. Perfil de ação coerente com a Corte Moreira Alves, aliás. Já na Corte Gilmar Mendes, a mudança institucional endógena é antes uma obra da agência das Ilhas, que para tanto mobilizavam estrategicamente os recursos de que dispunham na esperança de induzir o colegiado a se alinhar com suas preferências decisórias. Assim, pedidos de vista ou a colocação em pauta de julgamento pelo relator no momento oportuno foram ações que jogaram papel relevante para que a *conversion* almejada lograsse êxito.

Por fim, convém comentar o fato de que alguns casos (Casos 2, 3 e 9) se encaixaram em dois conjuntos de condições causais consideradas suficientes para o resultado de interesse. Analisando ambos os conjuntos, é possível ver que estes casos possuem como principal elemento em comum o fato de terem ocorrido no marco temporal da Corte Gilmar Mendes. Não por outro motivo, o uso estratégico de recursos institucionais e de uma retórica neoconstitucionalista pôde ser verificado em conjunto, pois essas condições causais são identificadas com esse período, especialmente a segunda.

Embora elas não componham um mesmo conjunto causal suficiente para o resultado de interesse, não é de se estranhar que a presença simultânea de ambas as condições seja detectada em situações de mudança institucional endógena. O processo decisório do STF é composto por etapas, sendo que o uso estratégico de recursos institucionais normalmente antecede a apresentação do voto que contenha uma retórica neoconstitucionalista. Esses recursos são instrumentos mais aptos a criar as conjunturas favoráveis nas quais a possibilidade de *conversion* floresce, razão pela qual faz sentido que componham um mesmo conjunto de condições suficientes com a condição “baixa probabilidade de reação”.

Os casos em que a presença de uma retórica neoconstitucionalista se mostrou suficiente para a *conversion*, sem que a baixa probabilidade de reação fosse uma condição causal presente, dão a medida da força dessa abordagem hermenêutica como instrumento para permitir maior liberdade política ao STF. Em relação aos casos correlacionados com o outro conjunto de condições suficientes, isso nos permite inferir que, mesmo que as Ilhas não houvessem agido estrategicamente e mobilizado seus recursos para criar uma conjuntura favorável, a retórica neoconstitucionalista habilitaria a Corte, caso assim o quisesse, a promover a *conversion* independentemente da possibilidade de reação de Executivo e Legislativo.

Por fim, vale um registro acerca do ajuste do modelo aqui proposto. A consistência 1 em todas as configurações causais e no modelo como um todo mostra a coerência e o ajuste dos casos às condições teoricamente propostas. Por outro lado, a cobertura 1 do modelo como um todo significa que as condições causais mobilizadas no modelo dão conta de explicar todos os casos nos quais se verificou o resultado de interesse. Esses indicadores de ajuste confirmam que as condições teoricamente orientadas e escolhidas para o modelo, assim como o processo de codificação, foram bem sucedidos. O que nos dá segurança que a estratégia empírica aqui adotada foi acertada.

## 6 O que o futuro nos reserva?

ACKERMAN ((1991) 2006, p. 07), ao criar sua teoria dualista, trabalha em um marco teórico neoinstitucionalista histórico que dá especial destaque às conjunturas críticas, as quais ele denominou “momentos constitucionais”. Ele qualifica como “transformadoras” algumas dessas conjunturas críticas (a saber, a Fundação, a Reconstrução e o *New Deal*), alegando que nelas teria sido fixado o entendimento de quais os valores fundamentais eram prevalentes na Constituição em um dado período histórico. O papel da Suprema Corte nestes momentos foi promover uma integração entre os antigos e os novos valores acolhidos pelo povo. Estes momentos difeririam daquelas decisões políticas rotineiras que ordinariamente são tomadas pelo governo, pois dependem fundamentalmente da chancela popular para se revestirem de legitimidade.

Pensando sob esta chave explicativa, nos parece razoável reconhecer a promulgação da Constituição Federal de 1988 como um momento transformador da democracia brasileira. Dela emergiu um Supremo Tribunal Federal dotado de recursos institucionais importantes e destinado a exercer um papel político de peso. Todavia, a sucessão de eventos políticos importantes acumulados desde 2013, e especialmente após a reeleição da Presidente Dilma Roussef e o processo de impeachment a que foi submetida, promoveu uma importante desarticulação no sistema político e conferiu ao sistema judiciário uma tal centralidade que nos obriga a indagar, com assumida dose de provocação, se estamos diante de um novo momento transformador que implique uma mudança substantiva e perene na democracia brasileira, ou se o que ocorre é o acirramento de uma dinâmica que, ao cabo, tem o potencial de minar boa parte das conquistas institucionais do STF nesses últimos 30 anos.

Não parece, de fato, trivial que neste curto período de tempo tenha ocorrido no Brasil:

- a) uma Presidenta da República impedida em meio a uma batalha política que envolveu lances decisivos produzidos pelo sistema judiciário, com destaque para uma decisão monocrática de uma Ilha jamais examinada pelo Continente, que impedia a Presidência da República de exercer a fundamental prerrogativa política de indicar um Ministro de Estado;
- b) que um Presidente da Câmara dos Deputados tenha sido afastado da função e do exercício do mandato parlamentar também por decisão do STF, numa interpretação bastante polêmica sobre o texto constitucional;
- c) que um influente Senador da República tenha sido

afastado do exercício do mandato e submetido a medidas restritivas por decisão monocrática de uma Ilha que somente muitos dias depois foi submetida à apreciação do Continente; d) que outro Senador da República tenha sido preso cautelarmente, numa interpretação também bastante polêmica do texto constitucional; e) que a agressividade verbal nos debates entre alguns Ministros tenha atingido um nível alarmante, com insinuações que resvalam para a acusação de cometimento de ilícitos penais pelos pares; f) que alguns Ministros, em alguns casos de especial visibilidade política, tenham começado a desprezar as “regras do jogo” tacitamente assentadas na Corte para o uso dos recursos institucionais estratégicos de que dispõem, passando inclusive a desconsiderar a existência de pedidos de vista para fazer valer de imediato suas preferências decisórias, sem se submeter ao encerramento formal das votações no Plenário; g) que a Presidenta do STF exponha de modo tão acintoso o uso estratégico da pauta de julgamentos, ao ponto de outro colega pedir que constasse dos anais da Corte essa sua conduta; h) que um importante Ministro de Estado, conquanto seja um personagem um tanto extravagante, ameace publicamente pedir o impeachment de um Ministro do STF.

Este último capítulo visa então especular sobre o futuro da dinâmica entre Ilhas e Continente<sup>101</sup> na conjuntura crítica em que, dados os fatos narrados, pensamos estarmos inseridos. É necessário refletir se estão postas as condições para que os arranjos que estruturaram a dinâmica entre Ilhas e Continente ao longo dos anos passem por uma reconfiguração.

Como procuramos defender ao longo da tese, o “jogo de ganha-ganha” entre Ilhas e Continente, sua dinâmica tacitamente concertada, tem como pressuposto que a liberdade das Ilhas na utilização estratégica de seus recursos institucionais somente seja tolhida quando eventuais abusos possam minar a legitimidade institucional do STF no médio e longo prazo. Nesses momentos, o Continente age como uma espécie de “instância revisora” da atuação das Ilhas e coordena recuos estratégicos, sem, contudo, estabelecer regras ou assentar costumes que efetivamente limitem a liberdade futura de atuação estratégica daquelas.

Essa parece ser a lógica que veio regendo as relações internas na instituição, e que inclusive justifica o ditado referido no início desta tese, de onde tiramos os termos Ilhas e

---

<sup>101</sup> A inspiração para este capítulo veio também de algumas indagações formuladas pelo Professor Leonardo Avritzer (DCP/UFMG), quando do processo de qualificação a que submetemos nossa tese. O Professor Avritzer apontou então, com perspicácia, para a necessidade de se esclarecer se a dinâmica entre Ilhas e Continente permanecia a mesma desde 2015, pois o fenômeno parece ter ganhado outra escala em termos de quantidade de eventos, sua intensidade e gravidade.

Continente: o STF seria formado por 11 Ilhas que, sob ataque, se transformam num Continente. Tivemos inclusive a oportunidade de exemplificarmos com a medida liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio na ADPF 402/DF, quando os seus pares desautorizaram a decisão monocrática tomada, mas foram enfáticos em reafirmar o direito do Ministro em agir naqueles termos. Um recuo estratégico do Continente que mantinha a liberdade futura das Ilhas, valendo notar que naquele momento não se cogitou a criação de mecanismos institucionais que dificultassem a repetição de uma crise daquela gravidade, na qual o Presidente do Senado claramente recusou o cumprimento de uma decisão da corte constitucional.

Todavia, a liberdade das Ilhas se escora no pressuposto de que todas estão autorizadas a seguir as mesmas regras do jogo, e delas se beneficiarem. Na medida em que alguns Ministros se demonstram mais agressivos no uso de seus recursos institucionais, atalhando individualmente o uso estratégico de outros recursos institucionais por parte de seus colegas, sem aguardar a ação revisora do Continente, os incentivos para a conservação da liberdade das Ilhas diminuem porque talvez parte delas deixe de ver vantagem em uma conduta cooperativa em relação a atuação de seus pares, já que a deferência recíproca não mais será esperada como natural.

Nessa linha, um episódio digno de nota foi a conduta do Ministro Luis Roberto Barroso, após ver a questão de ordem que suscitara na Ação Penal 937 obter maioria no Plenário, para o fim de alterar o entendimento da Corte sobre o alcance do foro por prerrogativa de função: ainda que o Ministro Dias Toffoli houvesse formulado pedido de vista e a apreciação da questão de ordem não houvesse sido encerrada formalmente, o Ministro Barroso<sup>102</sup> começou a remeter processos para a primeira instância, escudado na alegação de que já fora formada maioria naquela votação até então não encerrada formalmente. O Ministro Marco Aurélio<sup>103</sup>, em fevereiro de 2018, também ameaçou adotar o mesmo procedimento caso não houvesse devolução do pedido de vista até o fim do mês de março.

Resta saber se, no futuro, outros colegas irão aguardar o encerramento de votações politicamente sensíveis caso um Ministro peça vista em algum processo em que haja maioria provisória formada, e na qual sua posição pareça ser minoritária. Caso a dinâmica entre as Ilhas seja afetada, é possível que aumentem as situações de antecipação de voto entre os Ministros, justamente para o fim de se formar publicamente uma maioria e, assim, atalhar pedidos de vista considerados impertinentes por qualquer motivo aparente.

---

<sup>102</sup> A notícia pode ser encontrada no endereço <http://nominuto.com/noticias/justica/ministro-barroso-remete-inguerito-contra-rogerio-marinho-para-comarca-em-natal/163894/>

<sup>103</sup> A notícia pode ser encontrada no endereço <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI275262,81042-Marco+Aurelio+ira+enviar+processos+a+1+instancia+se+vista+sobre>

Não é possível afirmar que essa lógica de "pedidos de vista" > "antecipações de voto" > "decisões monocráticas com base em maiorias provisórias" se tornará um padrão de desempenho institucional, mas é intuitivo que ela introduz um elemento desestabilizador da dinâmica que vem orientando as Ilhas ao longo dos anos. Afinal, as instituições influenciam atores estratégicos provendo informações sobre o comportamento esperado dos demais participantes e sinalizando sanções para comportamentos não cooperativos, especialmente em pequenos grupos (NORTH, 1990, p. 12). Se um Ministro não tem assegurado que o seu pedido de vista será respeitado em uma conjuntura que lhe é cara, ele não tem incentivos para agir do mesmo modo em situações semelhantes. No médio prazo, essa possível alteração da dinâmica interna pode então limitar a liberdade de ação dos Ministros e/ou prejudicar a capacidade do Continente de coordenar recuos estratégicos em crises eventualmente geradas pela ação mais ousada de alguma de suas Ilhas.

No capítulo 4 narramos dois outros casos deste período recente que, embora tenham terminado com a reiteração das regras do jogo como antes estruturadas, são também indicativos do potencial para que a tradicional dinâmica entre Ilhas e Continente seja futuramente afetada: tratam-se dos episódios nos quais o Ministro Edson Fachin remeteu o *habeas corpus* impetrado por Antônio Palocci ao Plenário<sup>104</sup> (e não à 2ª Turma, como seria esperado) e deferiu um *habeas corpus* de ofício ao Deputado Paulo Maluf (PP/SP) quando viu questionada decisão monocrática sua em outro HC (o que poderia afetar seu poder de agenda na condução da Operação Lava Jato).

Nesses dois episódios houve questionamentos duros de alguns Ministros em relação às decisões do Ministro Edson Fachin, as quais continham um componente estratégico difícil de negar. Esse tipo de questionamento é inusual na dinâmica entre as Ilhas, justamente em função da cultura assentada de se prestigiar a liberdade de ação daquelas.

É importante notar que os questionamentos contra a liberdade estratégica do relator de atribuir o HC de Lula ao Plenário, acaso acolhidos, não significariam apenas a "ação revisora" do Continente diante de um eventual abuso da Ilha. O mesmo vale para o HC de Paulo Maluf, no qual o controle de agenda, que constitui um dos maiores poderes do relator, estava posto em questão. Estes questionamentos significavam, na verdade, a tentativa de imposição de um constrangimento institucional que atingiria futuramente todas as Ilhas, inclusive os Ministros que suscitaram o debate. Cuida-se de movimento de mais longo alcance, diferente de quando o colegiado apenas revisa o mérito de uma decisão polêmica

---

<sup>104</sup> Cumpre destacar que a ação do Ministro Edson Fachin, no Caso Palocci, significou retirar do Ministro Gilmar Mendes, Presidente da 2ª Turma, o poder de pautar o HC, e atribuir esta competência à Presidenta do STF, Ministra Cármen Lúcia.



tomada individualmente, para eventualmente coordenar um recuo estratégico sem que a liberdade futura das Ilhas seja afetada. Os Ministros não discutiam a questão de fundo, o mérito do processo, mas sim a extensão de seus poderes. E desta vez, ao contrário do que normalmente ocorreu na "Corte Gilmar Mendes", com o propósito de eventualmente restringi-los endogenamente.

Que alguns Ministros estivessem dispostos a criar mecanismos institucionais que futuramente poderiam limitar a sua própria agência é algo digno de nota, e que nos obriga a refletir sobre o quanto disfuncional a tradicional dinâmica entre Ilhas e Continente pode estar se tornando na atual quadra histórica. Uma Corte dividida internamente e que não consegue minimamente coordenar os seus dissensos pode caminhar para a limitação da liberdade individual de seus membros como meio de conter uma danosa perda de legitimidade perante a opinião pública; esse perigo potencial se agrava num contexto institucional de grande exposição pública como aquele em que atuam os Ministros do STF. Nesse cenário, o dissenso desorganizado e personalizado na atuação individual dos Ministros fragiliza a Corte como instituição, dado que permite uma multiplicidade de narrativas que interessam aos diversos atores envolvidos, e a consequência de longo prazo pode ser a perda de legitimidade do STF para cumprir o seu papel constitucional.

De outro lado, este quadro de conflito interno pode dar margem também para que outros atores estratégicos, notadamente no Legislativo e Executivo, busquem se aproveitar da crise instalada entre as Ilhas para aprovarem reformas constitucionais que de algum modo limitem o poder do STF e seus Ministros.

Não há dúvida de que este debate, aliás, já se encontra instalado no meio político e começa a ser mais fortemente ventilado no ambiente acadêmico. No Senado Federal já tramitam diversas proposições legislativas que visam alterar o processo de indicação dos Ministros e instituir mandatos não renováveis, ao contrário da vitaliciedade que existe atualmente. A título de exemplo, podemos citar as PEC 35/2015, 52/2015 e 44/2012. Não discutiremos seu conteúdo, embora pensemos que, de um modo geral, elas são criticáveis ao conferirem traços excessivamente corporativistas ao processo de indicação para um cargo de inegável natureza política<sup>105</sup>. Ao que parece, as lições extraídas do atual rito informal de escolha do Procurador-Geral da República (lista tríplice elaborada pela carreira), não foram ainda devidamente assimiladas por parcela do sistema político.

---

<sup>105</sup> Via de regra, estas propostas partem da concepção de que o processo de indicação deve partir de listas elaboradas por instituições como o STF, STJ, CNJ, CNMP e OAB; há ainda uma esdrúxula proposta de realização de concurso público para o cargo de Ministro do STF.

A instituição de mandatos para os Ministros do STF de fato pode vir a ser uma reforma institucional benéfica, pois permitiria que Presidentes da República consigam alinhar, ao longo de seus mandatos, a sua visão constitucional com a dos membros da Corte (em moldes parecidos com o que DAHL (1957) descreveu em seu clássico trabalho sobre a Suprema Corte norte-americana), diminuindo os seus custos de governabilidade na medida em que os incentivos para a judicialização das disputas políticas poderiam diminuir porque seria maior a previsibilidade sobre as decisões do STF.

Nessa linha, e em consonância com os resultados de nossas pesquisas, pensamos que a atenção ao perfil de composição do STF tende a ser cada vez maior no futuro próximo, em especial ao modo como o indicado compreende o papel da Corte no sistema político. Ronald Reagan fez da indicação de juízes “não ativistas” uma das bandeiras de sua primeira campanha presidencial, e de fato, através do Departamento de Justiça, fez um atento escrutínio sobre os magistrados que indicou para as cortes federais norte-americanas, assim como para a Suprema Corte. Talvez um processo semelhante possa acontecer no Brasil nas pegadas da atual crise política, e uma possibilidade futura seja a indicação de Ministros com uma visão procedimentalista do processo político, mais interessados em assegurar a justeza das condições de disputa do que em interferir nas escolhas políticas a serem feitas; para isso será importante também atentar mais para a conduta e os escritos dos candidatos em momentos pregressos do que para promessas vazias de autocontenção porventura formuladas no processo de indicação. Os Senadores que fizeram a sabatina do Ministro Luis Roberto Barroso aparentemente não se deram ao trabalho de ler nenhum texto do respeitado constitucionalista que se apresentava para ser ouvido naquele espaço, o qual disse na sua sabatina que “... o Judiciário não deve suprimir o espaço da política” porque lhe cabia ser deferente onde houvesse lei regulando um tema. Há hoje forte e fundado questionamento sobre o quanto o Ministro Barroso pratica essa deferência em sua atividade como magistrado, mas, sem dúvida, sua concepção hermenêutica é bem coerente com os textos anteriores à sua indicação e sabatina.

O neoconstitucionalismo, nos moldes como se incorporou à cultura judicial brasileira, contribui para a existência de uma corte constitucional menos deferente às prerrogativas constitucionais do Executivo e Legislativo. A mudança institucional endógena, como vimos, pode ocorrer mesmo em uma corte constitucional como a “Corte Moreira Alves”. E não é um problema em si que uma corte constitucional produza decisões que desagradem os demais Poderes, até porque isso é uma constante no seu desempenho institucional em todo o mundo e faz parte do sistema de *checks and balances* que estrutura a divisão tripartite pensada por Montesquieu e posteriormente por Madison. O problema, como alertamos

nessa tese, é de medida no exercício de suas prerrogativas, e ocorre porque uma corte que deveria arbitrar conflitos entre outros atores políticos começa ela mesma a ser a fonte deles e de produção de desarranjos institucionais de longo prazo, dos quais os mais paradigmáticos exemplos, pelo impacto que tiveram no aumento das dificuldades de coordenação no sistema político, foram decisões como a da queda da cláusula de barreira e outras que criaram incentivos institucionais para a criação de novos partidos.

Por mais que esta retórica neoconstitucionalista tenha recentemente sustentado decisões relevantes para a defesa de minorias que têm dificuldades de fazer valer seus direitos na arena legislativa, o que se inclui na pauta contramajoritária legítima de uma corte constitucional, é bastante preocupante observar que o modo como ela é formulada também implica uma certa deslegitimação do Legislativo como polo natural de convergência do debate democrático. Este processo de conquistas via *judicial review* tem o potencial de desmobilizar a sociedade para vivência cotidiana da luta política, e pode ainda normalizar uma relação paternalista com o sistema judiciário (magistratura e ministério público), que tende ao abuso na medida em que percebe que esta retórica lhe abre uma ampla via para intervir no processo político.

Na mesma linha, e antes mesmo do agravamento recente desta dinâmica, AVRITZER (2013, p. 219) já anotava que “O Congresso Nacional precisa reassumir suas prerrogativas no que diz respeito à organização da expressão da soberania popular” e que o “equilíbrio desejado” entre os Poderes passava por uma reforma política “... que restabeleça a credibilidade dos parlamentares e do sistema de representação” e por uma conduta mais contida do Judiciário, no sentido de não avançar em prerrogativas típicas do Legislativo.

O redesenho institucional do STF enfrentaria, contudo, forte oposição da Corte, em especial de alguns de seus membros com maior poder de agência. A oposição seria tanto maior se, além da previsão de mandatos, a mudança institucional contemplasse também algum tipo de limitação do poder decisório do Continente e/ou das Ilhas, como a vedação de decisões monocráticas em assuntos relacionados com o funcionamento do Legislativo. Opinando como um operador do Direito, vejo como perfeitamente possíveis mudanças institucionais dessa natureza sem que se fale em violação ao princípio da separação dos poderes. Quanto aos mandatos, é jurisprudência consagrada da Corte a tese de que não há direito adquirido a regime jurídico em se tratando de regime estatutário, e pensamos que esta formulação se aplica ao caso. Contanto que fosse deferido o mesmo tempo de mandato aos atuais Ministros, iniciado a partir da promulgação da emenda e respeitado o limite de 75 anos para aposentadoria compulsória, o ônus político e argumentativo da Corte para

barrar semelhante alteração seria considerável. E o princípio da separação dos poderes deve ser entendido como uma via de mão dupla que atua também como fator de contenção do Judiciário, de modo que nos parece bastante convincente o argumento de que decisões que interferem no funcionamento do Legislativo têm que ser tomadas colegiadamente porque apenas o Plenário teria a mesma estatura constitucional que o Legislativo; também neste ponto seria expressivo o ônus político e argumentativo da Corte para barrar uma alteração.

O maior obstáculo para que uma emenda constitucional venha a diminuir ou atalhar uma competência do Supremo Tribunal Federal vem do fato de que a Corte afirmou o seu poder de efetuar o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, quando do julgamento, em 1993, da ADI 939/DF, Relator Ministro Sydney Sanches.

A atribuição deste recurso institucional, desta competência, convém registrar, não estava expressamente prevista no art. 102, I, da Constituição de 1988, o qual trata apenas da possibilidade de declaração da inconstitucionalidade de “lei ou ato normativo”. Importante ainda notar, tendo-se em conta que esta é uma tese no campo da Ciência Política, que o termo “emenda constitucional” tem acepção técnica própria e de modo algum se confunde com o termo “lei”. Por outro lado, o art. 60, parágrafo quarto, do mesmo texto constitucional estabelecia que alguns de seus temas eram protegidos de modificações legislativas, mesmo aquelas porventura efetuadas por meio de emendas constitucionais; essas vedações são conhecidas no direito constitucional como “cláusulas pétreas”.

O STF poderia interpretar essa vedação de vários modos. Essa norma do art. 60 poderia, por exemplo, ser entendida como uma prescrição dirigida fundamentalmente ao legislador constituinte derivado, mas sem permitir uma intervenção maior da Corte porque, afinal, ao STF caberia, em tese, apenas o controle de constitucionalidade apenas de “lei ou ato normativo” segundo o texto expresso do referido art. 102, I, da CF/88. Essa seria uma interpretação deferente e legítima da norma constitucional.

Naquele momento, porém, o STF avançou sua interpretação em relação ao seu poder de revisão constitucional de leis, para também abarcar o exame de constitucionalidade de emendas constitucionais, o que lhe confere uma vantagem institucional relevante em relação ao Poder Legislativo. Típica mudança institucional endógena porque se valeu de um contexto favorável (o tema era a cobrança de um tributo impopular) e de um espaço de interpretação para se obter um poder que não existia claramente no desenho institucional brasileiro. Entendeu a Corte que não poderia proteger as cláusulas pétreas se não pudesse examinar a constitucionalidade de emendas constitucionais, e assim alargou o sentido do termo “lei ou ato normativo”.

Na literatura dominante sobre as relações entre Legislativo e Judiciário, a possibilidade de as decisões deste último serem ultrapassadas por meio de emenda constitucional sempre foi trabalhada como fator constrictivo da atuação de cortes constitucionais, pois os seus membros buscariam se antecipar a esta possibilidade justamente na pretensão de evitar conflitos desgastantes com o Legislativo. Este não é necessariamente o caso do STF quando se trata de analisar a ofensa às “cláusulas pétreas”, fator que impacta as análises acerca do papel desempenhado pelo STF.

MENDES (2008, p. 146)<sup>106</sup>, chega a comparar criticamente este posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao célebre julgamento da Suprema Corte norte-americana em *Marbury vs. Madison*, dado que, como no exemplo histórico, a ampliação de seus poderes teria sido obtida por mera construção interpretativa da Corte brasileira e sob argumento semelhante de proteção do texto constitucional.

Não deixa de ser interessante notar que essa importante competência foi reconhecida ainda no período que didaticamente denominamos “Corte de Moreira Alves”. Todavia, coerente com sua concepção deferente em relação ao exercício do *judicial review* pela Corte, o Ministro Moreira Alves à época frisou bastante a importância de que a concepção sobre o que se entendia serem cláusulas pétreas fosse restritiva, para evitar um efeito de engessamento da ordem constitucional. Por engessamento, devemos entender justamente a invasão do campo de atuação do Legislativo, e mesmo o bloqueio de mudanças no texto constitucional que fossem do interesse do titular do Executivo de turno. Ocorre que, com o passar do tempo, como demonstra MORAIS (2011), o STF (já então senhor de uma competência reconhecida e que somente seria revertida sob um alto custo político para outros atores) passou a alargar o escopo do que se entenderia por essas cláusulas pétreas, de modo que o seu poder de bloqueio em relação à mudança constitucional, que já era grande se considerarmos sua competência para invalidar emendas constitucionais, se tornou ainda maior.

É certo que o fato de o STF dispor desse poder não significa que ele o exercita indiscriminadamente, como o alto número de emendas à Constituição brasileira permite inferir. Isso não nos impede de notar, porém, que a Corte se encontra muito bem posicionada para impedir alterações no desenho institucional que limitem a sua capacidade de

---

<sup>106</sup> O autor anota que “O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal constitucional indiano, até onde sei, são os únicos do mundo a terem declarado a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional (agradeço essa constatação ao Prof. Dimitri Dimoullis). Apesar de outros sistemas constitucionais também preverem cláusulas pétreas, o STF foi um dos primeiros a ter tido esta ousadia. (...) Diriam que as cláusulas pétreas não teriam nenhum sentido se não gozassem de tal expediente de controle exercido pelo STF. Esse raciocínio não é correto. Há outras constituições que prevêm cláusulas pétreas sem delegar tamanho poder ao Tribunal constitucional.”

influir na arena política. Até porque uma das cláusulas pétreas explicitamente inseridas no texto constitucional é justamente a proteção ao princípio da separação dos poderes, de modo que uma emenda constitucional que altere o arcabouço institucional do Judiciário brasileiro poderia ser obstada sob esse argumento; a propósito, convém destacar que fatalmente essa hipotética emenda teria sua constitucionalidade questionada no STF, ao menos por alguma das associações de classe da magistratura<sup>107</sup>.

Configurado um possível bloqueio para que o Legislativo/Executivo pactuem com o Judiciário, pela via do redesenho institucional, o campo de ação de cada Poder na arena política, nos parece interessante explorar uma última hipótese sobre o que os próximos meses e anos nos reservam: seria possível cogitarmos a possibilidade de ocorrência de um impeachment de um dos Ministros do STF no futuro próximo?

O desconforto entre os Poderes atualmente já nos parece visível, e talvez nem mesmo fosse necessário o bloqueio de emendas constitucionais de reforma do Judiciário para que um impeachment fosse tentado como forma de tornar o STF mais deferente aos demais Poderes. A questão que começa a se colocar para o próximo Presidente da República passa, por exemplo, pelas suas condições de governabilidade. Mesmo que o STF tenha agido de um modo bastante diverso nas nomeações do ex-Presidente Lula e de Moreira Franco para os ministérios de Dilma Roussef e Michel Temer, não é absurdo imaginar que algum tipo de clamor popular repercutido pela mídia possa permitir ao Judiciário interferir numa prerrogativa política fundamental da Presidência da República; o “caso Cristiane Brasil, aliás, assim o demonstra, embora uma decisão final da Corte não tenha ocorrido naquele episódio.

Um Presidente da República que mal possa nomear seu ministério terá ainda maiores dificuldades de coordenar maiorias parlamentares do que aquelas que já se apresentam como prováveis no atual quadro partidário multifacetado com que convivemos. Também teria maior dificuldade de impor políticas públicas, dada a pouca cerimônia com que a atual composição do STF tem atuado no tema. Um governo de esquerda pode ter dificuldade

---

<sup>107</sup> Foi o que ocorreu, aliás, com a Emenda Constitucional 45/2004, que previu a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como órgão de supervisão administrativa e disciplinar do Poder Judiciário. A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) propôs uma ação direta de constitucionalidade (ADI 3367, Relator Ministro Celso Peluzo) contra a criação do CNJ, alegando, dentro outros fundamentos, que isso implicaria ofensa ao princípio da separação dos poderes. Ao julgar a ADI 3367, porém, o STF admitiu a constitucionalidade do CNJ, mas consignou expressamente que o órgão se encontrava hierarquicamente abaixo da Corte e que esta poderia efetuar o controle jurisdicional dos seus atos. Disse mais, para não deixar quaisquer dúvidas: “O CNJ não tem nenhuma competência sobre o STF e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito.” Observando-se o art. 103-B, § 4º, da Constituição de 1988, porém, é possível constatar que ao CNJ caberia “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, de modo que essa observação pela qual o STF se pôs a salvo do CNJ somente foi possível porque ele dispunha do recurso institucional estratégico de julgar a (in) constitucionalidade de uma emenda constitucional; recurso institucional, reitera-se, obtido por via endógena.

para reverter atos praticados pelo atual governo (como a venda de patrimônio público), ou com a imposição de alíquotas mais gravosas de imposto de renda aos mais ricos. Um governo de direita pode ter dificuldades para reformar mais duramente o sistema de previdência dos servidores públicos.

Derrotas em cortes como o STF são ocorrências normais em grande parte das democracias constitucionais, mas a questão aqui, como parece peculiar ao caso brasileiro, parece ser de medida. Uma Corte que se transforme em Casa Revisora do Legislativo e que passe a ser mobilizada como polo de oposição ao governo por poderosos grupos de pressão talvez crie as condições para que se busque o impeachment de um Ministro como última solução para se rediscutir o seu lugar político. Evidentemente estamos aqui a conjecturar com uma certa liberdade sobre o futuro, mas muito do que aconteceu com o STF e o sistema político nos últimos anos tampouco poderia ter sido inicialmente previsto e chancelado antes como uma análise de conjuntura ponderada e ancorada em padrões estabelecidos de desempenho institucional.

Como o cenário é de mar revolto, e o sistema judiciário não parece disposto a perder o protagonismo que lhe rende tantos holofotes na mídia, destaque nas redes sociais, inúmeras palestras e repetidas homenagens no exterior, resta saber o que o sistema político fará passadas as eleições de 2018. Embora neste cenário as tensões entre os sistemas político e judiciário não se restrinjam ao STF, é importante destacar que o papel de coordenação que cabe ao mesmo não tem sido adequadamente realizado e que muitos problemas têm resultado disso, não apenas do ponto de vista da aplicação da lei, mas também se levarmos em conta o excessivo protagonismo político de magistrados de instâncias inferiores e de membros do Ministério Público. Ao encampar, ainda que muitas vezes tacitamente, algumas questionáveis ações desses agentes, a Corte atrai para si um ônus político grave, que pode implicar futuramente no redesenho de suas atribuições institucionais (e do sistema judiciário como um todo), ou em algum outro conflito mais sério que resulte em um possível impeachment de um ou mais Ministros.

Enfim, é difícil prever o que o futuro nos reserva. Ainda que talvez vivamos um novo “momento constitucional” que de algum modo reconfigure a democracia brasileira, não nos parece que haja como o STF (e o sistema judiciário) manter esse grau de protagonismo indefinidamente, bloqueando qualquer saída pela via política. Por isso, a impressão inicial é que a dinâmica entre Ilhas e Continente tende futuramente a se alterar em benefício desse último, e que o *backlash* contra o sistema judiciário em alguma medida virá.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta tese procuramos sublinhar alguns pontos que nos parecem importantes para a compreensão do desempenho institucional do Supremo Tribunal Federal desde a inauguração da nova ordem democrática pela Constituição de 1988.

O principal objeto de nossas indagações foi o fenômeno da mudança institucional endógena, pois nos interessava investigar o quanto ele colaborou para que o STF ocupasse um novo lugar na arena política. O Supremo Tribunal Federal, ao contrário do que TSEBELIS<sup>108</sup> (2002) aponta em relação à Suprema Corte norte-americana, atua efetivamente como ator com poder de veto na arena política, uma vez que ele dispõe de recursos institucionais para tanto e evidentemente não se encontra absorvido pelo sistema político brasileiro. O STF interfere em políticas públicas relevantes, impondo custos políticos e fiscais ao Executivo. O STF alterou explicitamente o arcabouço institucional brasileiro, e por mais de uma vez. O STF promoveu parte deste redesenho institucional interferindo diretamente em prerrogativas do Legislativo. Pensamos que estes exemplos, que foram analiticamente trabalhados em nossa tese, demonstram o nosso ponto sobre o peso atual da Corte na arena política. Este peso hoje em dia é difícil de ser negado mesmo por pesquisadores centrados nas interações Executivo-Legislativo. O STF, em suma, importa.

O debate travado nesta tese diz respeito exatamente sobre o quanto deste peso político é fruto de fatores exógenos ou fatores endógenos. Como frisamos em seu início, em momento algum pretendemos negar a importância de fatores exógenos para a construção do que é hoje o Supremo Tribunal Federal. Esses fatores já se fizeram presentes no generoso desenho institucional legado pelos constituintes de 1988, e que inclusive contrariava até mesmo a concepção restritiva da composição da Corte àquela época. A Corte, à época presidida pelo Ministro Moreira Alves, chegou a enviar um ofício<sup>109</sup> à Assembleia Nacional Constituinte sugerindo, dentre outras coisas, que a legitimação para a propositura de ADI permanecesse restrita ao Procurador-Geral da República. Como demonstram pesquisas aqui já mencionadas sobre o tema, muitas das inovações institucionais que empoderaram a Corte tiveram inspiração nas reivindicações de outros atores políticos, como a OAB e grupos de interesse da sociedade civil.

---

<sup>108</sup> O autor aponta, em relação à corte constitucional dos EUA, que o sistema de indicação dos *Justices* os torna muito alinhados com as coalizões políticas dominantes, o que lhe permite entender a instituição como um ator absorvido por aquelas e que não exerce o papel de *veto player*.

<sup>109</sup> Em 03 de agosto de 1986 o jornal "O Estado de São Paulo" publicou a íntegra do ofício.



Tampouco pretendemos negar o fato de que a fragmentação do sistema partidário tem um papel explicativo muito importante para compreendermos a centralidade da Corte na vida política nacional. TAYLOR (2008) demonstrou os interesses que sustentam essa dinâmica exógena de "judicialização da política > aumento do poder do STF". BARBOSA<sup>110</sup> (2015), por sua vez, apontou a existência de uma correlação entre o tamanho da fragmentação do quadro político-partidário e o aumento de poderes institucionais conferidos ao STF ao longo do tempo. Existe ainda todo um corpo de pesquisas na literatura internacional que reconhece que a corte constitucional tende a ganhar protagonismo na medida em que o sistema político apresenta problemas de coordenação, dada a dificuldade de se manter maiorias parlamentares estáveis (GINSBURG, 2003; VALLINDER, 1995).

O nosso ponto, porém, é que não podemos focar somente em elementos exógenos para pretender explicar o STF, como se o seu poder aumentasse apenas em função de fatores sob os quais a instituição não pode influenciar diretamente. Não. O STF não é apenas um ator passivo condenado a arbitrar as disputas políticas que nosso sistema político<sup>111</sup> não consegue coordenar internamente.

O STF, como procuramos demonstrar, por vezes induz conscientemente ao processo de judicialização da vida política. O STF, como procuramos demonstrar, pode escolher concepções de hermenêutica constitucional muito discrepantes, quanto seu resultado final, sobre o papel da Corte na arena política. O STF, como procuramos demonstrar, pode ter uma composição mais deferente ao poder político, ou pode ter também uma composição com Ministros que reivindicam para a Corte o discutível papel de Poder Moderador<sup>112113</sup>, o

---

<sup>110</sup> Convém apenas ressaltar que, a nosso aviso, permanece em disputa a imputação de exclusividade causalidade exógena a este processo, na medida em que o próprio autor reconhece que houve momentos em que o aumento do poder do STF tinha como elemento desencadeador um fator que consideramos endógeno: a necessidade de fortalecer o STF para conter a ação das instâncias inferiores do próprio Judiciário, que impunha constrangimentos ao Executivo na implementação de algumas políticas públicas relevantes para a sua agenda. Ademais, os recursos institucionais foram conferidos para serem exercidos por um STF à época mais deferente ao poder político, e a expansão do escopo destes posteriormente se deu por ação endógena da Corte, como procuramos demonstrar ao longo desta tese.

<sup>111</sup> Aliás, o próprio sistema político teve seus aspectos mais prejudiciais agravados por decisões do STF que interferiram no seu desenho institucional, as quais seriam quase impensáveis em outra composição da Corte e sem a chave hermenêutica do neoconstitucionalismo.

<sup>112</sup> O Ministro Dias Toffoli, em várias palestras e entrevistas, tem qualificado o Poder Judiciário como um novo Poder Moderador, alegando que o seu papel seria semelhante ao exercido pelos militares durante a maior parte do período republicano. Convém lembrar, porém, que o papel dos militares era de **tutela** do sistema político, e não de árbitro imparcial de disputas sobre valores constitucionais, como se supõe ser o papel do Judiciário. Assim, soa um tanto perturbadora essa tese do Ministro Dias Toffoli, embora paradoxalmente ele esteja se mostrando um Ministro com perfil de atuação mais autocontida e bastante preocupado em alertar para os riscos da excessiva ingerência do Judiciário nos outros Poderes

<sup>113</sup> A analogia do Ministro Dias Toffoli com o Poder Moderador, que na Constituição de 1824 era entendido como um quarto poder e qualificado como a "chave de toda a organização política" (art. 98), de certo modo reforça nosso argumento de que o Continente eventualmente atua como "instância revisora" dos conflitos entre Ilhas e demais Poderes. Nesta perspectiva, há momentos em que as Ilhas atuam como se fossem o próprio Judiciário, acima do qual somente existiria o "Poder Moderador continental".

exercício de uma função representativa ou ainda uma missão "iluminista" de "empurrar a História". O STF, por seus Ministros, usou episodicamente de seus recursos institucionais estratégicos para influir de modo determinante em disputas políticas que definiram a nossa História. Essas ações importam. Elas ajudaram a definir o papel do STF na arena política. E todas elas guardam um forte componente endógeno.

A mudança institucional endógena traz consigo uma outra importante questão, na medida em que, para ocorrer, ela depende bastante da agência de um ator interessado que se aproveite dos espaços interpretativos que a conjuntura lhe oferece. A tarefa que se impunha então era a de identificar os principais recursos institucionais postos à disposição dos Ministros, a maneira como eram estrategicamente mobilizados esses meios e os resultados potenciais das interações entre Ilhas. As entrevistas que realizamos nos ajudaram bastante com o fornecimento de dados, e também em algo mais subjetivo e difícil de mensurar: a consolidação de perspectivas teóricas sobre as características das composições da Corte com que trabalhamos.

Buscamos ainda analisar, ao longo da tese, o quanto a atuação das Ilhas importa para o peso que o Continente possui atualmente na arena política, e o quanto elas se sobrepõem à instituição. Afinal, o STF ainda é um Continente ou a dinâmica de empoderamento individual se acelerou ao ponto de hoje avistarmos apenas Ilhas distantes o suficiente para as qualificarmos como "Onze Supremos" (FALCÃO e ARGUELHES, 2017)?

As entrevistas que fizemos e os resultados de nossa pesquisa via o método QCA nos permitem responder que esse afastamento nem sempre foi tão grande. Embora seja da cultura judicial o cultivo de uma certa reserva, de um espaço que constranja um magistrado a não interferir no processo decisório do colega, ficou evidente que as composições da "Corte Moreira Alves" mantinham um maior respeito à colegialidade e tendiam a usar menos agressivamente os recursos institucionais estratégicos de que dispunham. Neste sentido, e atentando para o resultado prático das ações das Ilhas nos últimos 15 anos, é possível responder que atualmente a ação das Ilhas prepondera sobre a do Continente, e que é difícil apontar uma experiência institucional semelhante em outras democracias constitucionais, no que se refere ao espaço de agência de que elas dispõem para atuar.

O que procuramos sublinhar ao longo da tese, porém, é que este protagonismo das Ilhas não significou apenas prejuízo ao Continente, como por vezes procuram apontar análises críticas sobre a perda dimensão colegiada da Corte. Nos referimos repetidamente nesse trabalho a um arranjo tacitamente concertado entre Ilhas e Continente, e esperamos tê-lo demonstrado aqui, ou ao menos haver possibilitado que sua presença seja vista como factível. Este arranjo, essa dinâmica pró-individualismo entre Ilhas e Continente, ajudou a

aumentar o peso político do STF, por paradoxal que isso possa parecer. Se é verdade que esta dinâmica se dá em detrimento da colegialidade e, a longo prazo, pode impor pesado ônus de perda de legitimidade para a instituição, tampouco nos parece possível negar que o espaço político aberto pela agência das Ilhas deslocou o lugar do Continente na arena política para uma posição mais central. Esse efeito colateral parece ter sido percebido pelo conjunto dos Ministros, que por isso tenderam a reforçar essa dinâmica mesmo quando as preferências decisórias em casos específicos não convergissem. A ação corretiva de abusos de alguns membros da Corte tem sido pontual, mas sem negar a validade da dinâmica individualista como fator estruturante das regras do jogo.

Esse jogo de “ganha-ganha” que buscamos descrever e demonstrar parece estar encontrando os seus limites na atual quadra histórica, até porque ele começa a se mostrar disfuncional para ambas as dimensões do STF, a macro institucional e a micro individual. Por isso procuramos desenvolver no último capítulo os desdobramentos possíveis do acirramento do papel individual dos Ministros, embora não fosse propriamente o objeto de nossa tese. Trata-se de uma missão duríssima, e assim apenas nos aventuramos a apontar cenários. Pode ocorrer de nenhum deles se materializar. Mas, do ponto de vista de nosso campo de pesquisa, não há motivo para preocupações, pois, no Brasil, o sistema judicial tem sido pródigo em nos surpreender. Novas agendas de pesquisa não faltarão...

## BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”. **Dados**, vol. 31, n. 1. Rio de Janeiro (RJ): IUPERJ, p. 5-34, 1988.

ACKERMAN, Bruce A. Beyond "Carolene Products". **Harvard Law Review**, v. 98, n. 4, p. 713-746, 1985.

\_\_\_\_\_, Bruce. Nós, o povo soberano. **Belo Horizonte: Del Rey**, (1991) 2006.

\_\_\_\_\_, Bruce. **We the People, Volume 2: Transformations**. Harvard University Press, 2000.

ARAÚJO, Mateus Morais. **Comportamento estratégico no Supremo Tribunal Federal**. Tese de Doutorado apresentada junto ao Departamento de Ciência Política da UFMG. Belo Horizonte: UFMG, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas Jus**, v. 25, n. 1, 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 46, p. 121-155, 2015.

\_\_\_\_\_. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, v. 12, n. 2, p. 405-440, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. The Court, it is I”: individual judicial in review in Brazil and its implications for constitutional theory,” no prelo, para ser publicado na revista *Global Constitutionalism* (v.7, n.2, Julho 2018). Texto gentilmente cedido pelos autores.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17, p. 01- 19, 2009.

AVRITZER, Leonardo. **Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil**. AVRITZER, Leonardo et al. Dimensões políticas da justiça. Editora José Olympio, 2013.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v 7, n. 1, p. 18-30, 2006.

\_\_\_\_\_, Mauro. Le néoconstitutionnalisme existe-t-il?“. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, v. 25, p. 101-124, 2015.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. **O Silêncio dos incumbentes: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil**. Tese de Doutorado apresentada junto ao Departamento de Ciência Política da UFPE, Recife: PE, 2015.

BARREIRA, Karen Elaine Sakalauska. **O Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais de direitos humanos: uma análise política das decisões judiciais**. Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Departamento de Ciência Política da UNICAMP, Campinas: SP, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público**, n. 9, p. 1-41, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton University Press, 2006.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Yale University Press, 1986.

BRINKS, Daniel M. 'Faithful Servants of the Regime': The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Ed.). **Courts in Latin America**. Cambridge University Press, 2011.

CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The etiology of public support for the Supreme Court. **American journal of political science**, p. 635-664, 1992.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). **Madrid, Trotta**, 2003.

CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social**, n. 191, p. 315-335, 2009.

\_\_\_\_\_, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 23, p. 176-207, 2010.

CARVALHO, Ernani et al. Judicialización de la política y grupos de presión em Brasil: intereses, estratégias y resultados. **América Latina Hoy**, n. 72, 2016.

CARVALHO, Alexandre. Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 114, 2017.

CASTILLEJOS-ARAGON, Mónica. The Transformation of the Mexican Supreme Court into an Arena for Political Contestation. In: KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A. (Ed.). **Consequential courts: judicial roles in global perspective**. Cambridge University Press, 2013.

CASTRO, Marcus Faro de. “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política”. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 12, no 34, p. 147-156, 1997.

CLARK, Tom S. **The limits of judicial independence**. Cambridge University Press, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Direito Público**, v. 3, n. 12, 2006.

COUSO, Javier. The transformation of constitutional discourse and the judicialization of politics in Latin America. COUSO, Javier A.; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. **Cultures of legality. Judicialization and Political Activism in Latin America**, Cambridge University, p. 141-160, 2010

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, v. 6, p. 279, 1957.

\_\_\_\_\_, Robert A. The behavioral approach in political science: Epitaph for a monument to a successful protest. **The American Political Science Review**, p. 763-772, 1961.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The choices justices make**. Congressional Quarterly Press, 1998.

\_\_\_\_\_. Reconsidering judicial preferences. **Annual Review of Political Science**, v. 16, 2013.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze supremos: todos contra o plenário. in: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o Supremo em 2016**. Belo Horizonte, MG : Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017.

FALCAO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, 2013 .

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-68, 2002.

FEREJOHN, John; ROSENBLUTH, Frances; SHIPAN, Charles. **Comparative judicial politics**. In: BOIX, Carles; STOKES, Susan C. (orgs.) *The Oxford Handbook of Comparative Politics*. Oxford, United Kingdom: Oxford Univ. Press. Capítulo 30, p. 727-751, 2007.

FINKEL, Jodi. *Judicial reform as political insurance*. **Notre Dame: University of Notre Dame**, 2008.

FRIEDMAN, Barry. The history of the countermajoritarian difficulty, part one: The road to judicial supremacy. **NYUI Rev.**, v. 73, p. 333, 1998.

\_\_\_\_\_, Barry. Mediated popular constitutionalism. **Michigan Law Review**, p. 2596-2636, 2003.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, p. 144-145, 1999.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GIBSON, James L. From simplicity to complexity: The development of theory in the study of judicial behavior. **Political Behavior**, v. 5, n. 1, p. 7-49, 1983.

GEORGE, Alexander L.; BENNETT, Andrew. *Case studies and theory development in the social sciences*. MIT Press, 2005.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases**. Cambridge University Press, 2003.

GRIFFIN, Stephen M. **American constitutionalism: from theory to politics**. Princeton University Press, 1998.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary CR. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova: revista de cultura e política**, n. 58, p. 193-223, 2003.

HARTMANN, Ivar Alberto et al. A influência da TV Justiça no processo decisório do STF. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 4, n. 3, 2017.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard University Press, 2004.

IMMERGUT, Ellen M. The theoretical core of the new institutionalism. **Politics & Society**, v. 26, n. 1, p. 5-34, 1998.

KAPISZEWSKI, Diana. **How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal**. In: COUSO, Javier A.; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. *Cultures of legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University, p. 51-77, 2010

\_\_\_\_\_, Diana. **Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector.** HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. Courts in Latin America. Cambridge University, p. 154-186, 2011

\_\_\_\_\_, Diana. High courts and economic governance in Argentina and Brazil. Cambridge University Press, 2012.

KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M. Doing courts justice? Studying judicial politics in Latin America. **Perspectives on Politics**, v. 6, n. 04, p. 741-767, 2008.

KING, Gary; KEOHANE, Robert O.; VERBA, Sidney. **Designing social inquiry: Scientific inference in qualitative research.** Princeton University Press, 1994.

KINZO, MARIA D.'ALVA G. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. **São Paulo em perspectiva**, v. 15, n. 4, p. 3-12, 2001.

KNIGHT, Jack; EPSTEIN, Lee. On the struggle for judicial supremacy. **Law and Society Review**, p. 87-120, 1996.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 88, p. 141-184, 2013.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países.** Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro (RJ): Civilização Brasileira, 2003.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. "Bases institucionais do presidencialismo de coalizão". **Lua Nova**, n. 44. São Paulo (SP): CEDEC, p. 81-106, 1998.

MAHONEY, James; SNYDER, Richard. Rethinking agency and structure in the study of regime change. **Studies in Comparative International Development**, v. 34, n. 2, p. 3, 1999.

MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. A theory of gradual institutional change. **Explaining institutional change: Ambiguity, agency, and power**, v. 1, 2010.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; PAUL, J. Wahlbeck. **Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making**, p. 45-63. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). Supreme Court decision-making: New institutional approaches. University of Chicago Press, 1999.

MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Sociologia e Política**, v. 25, n. 62, 2017.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF.** Forense Editora, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia.** Elsevier Brasil, 2008.



MORAIS, Laio Correia. O Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais: como o STF lida com as cláusulas pétreas? Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2011.

NETO, Diego Valadares Vasconcelos; DOS SANTOS MOREIRA, Maíra. **A aplicação do método de análise comparativa qualitativa (QCA) em estudos sobre conflitos armados, distúrbios sociais e paz.** 10o Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP). Área temática: Ensino e Pesquisa em Ciência Política e Relações Internacionais, 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** WMF Martins Fontes, 2013.

NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NUNES, Rodrigo M. Politics without insurance: democratic competition and Judicial Reform in Brazil. **Comparative Politics**, v. 42, n. 3, p. 313-331, 2010.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil.** Editora FGV, 2011.

———, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 44, p. 139, 2012.

PERES, Paulo Sérgio. Comportamento ou instituições? A evolução histórica do neo-institucionalismo da ciência política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 23, n. 68, p. 53-71, 2008.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. El método comparativo y el análisis de configuraciones causales. **Latin American Review of Comparative Politics/Revista Latinoamericana de Política Comparada**, v. 3, 2010.

PIERSON, Paul. **Politics in time: History, institutions, and social analysis.** Princeton University Press, 2004.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2011.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político: Edição ampliada.* Traduzido por Álvaro de Vita. Martins Fontes, 2011.

REZENDE, Flávio da Cunha. Da exogeneidade ao gradualismo: inovações na teoria da mudança institucional. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 113-130, Feb. 2012.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua

transposição para o caso brasileiro/Institutional assumptions of theories on judicial behavior and their transposition to the Brazilian case. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013.

RÍOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew M. Institutional determinants of the judicialisation of policy in Brazil and Mexico. **Journal of Latin American Studies**, v. 38, n. 04, p. 739-766, 2006.

ROTHSTEIN, Bo. **Political Institutions: An Overview**. In: Goodin Robert E. and Klingemann, Hans-Dieter. *A New Handbook of Political Science*. Oxford University Press, pp 133-166, 2000.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. **Revista Usp**, n. 21, p. 34-45, 1994.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos avançados**, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004.

SADEK, Maria Tereza. Reforma do judiciário. 2010.

SANDERS, Elizabeth. **Historical institutionalism**. In: Rhodes R, Binder S, Rockman B. *The Oxford Handbook of Political Institutions*. New York: Oxford University Press, p.39-55, 2006.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model**. Cambridge University Press, 1993.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge University Press, 2002.

SHEPSLE, Kenneth A. **Rational choice institutionalism**. In: Rhodes R, Binder S, Rockman B. *The Oxford Handbook of Political Institutions*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 23-38, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **"Interpretação constitucional e sincretismo metodológico"**, in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, pp. 115-143, 2005.

\_\_\_\_\_, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer. O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, p. 1, 2015.

SMITH, Rogers. Historical institutionalism and the study of law. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.). **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford University Press, 2008.

STATON, Jeffrey K. **Judicial power and strategic communication in Mexico**. Cambridge University Press, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. “**Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira**”. In: VOJDOVIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORGONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SWEET, Alec Stone. Judicialization and the Construction of Governance. **Comparative Political Studies**, v. 32, n. 2, p. 147-184, 1999.

\_\_\_\_\_, Alec Stone. The politics of constitutional review in France and Europe. **International journal of constitutional law**, v. 5, n. 1, p. 69-92, 2007.

TAYLOR, Matthew M. “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”. **Dados**, v. 50, n.2. Rio de Janeiro, p. 229-257, 2007.

\_\_\_\_\_, Matthew M. **Judging policy: Courts and policy reform in democratic Brazil**. Stanford University Press, 2008.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. “Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política”. **Dados**, v. 51, n.4. Rio de Janeiro, p. 825-864, 2008.

TSEBELIS, George. **Veto players: How political institutions work**. Princeton University Press, 2002.

TUSSEAU, Guillaume. Remarques sur l’‘arsenal’ des juges constitutionnels. A propos de l’arme ultime de la substitution aux autorités politiques, in S. Bagni, G.A. Figueroa, G. Pavanani (coord.), **La ciencia del derecho constitucional comparado. Libro homenaje a Lucio Pegoraro, 3. Vol.**, México, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1615-1648

VALLINDER, Torbjorn. “**When the courts go marching in**”. In: TATE, C.Neal; VALLINDER, Torbjörn. (orgs.). *The global expansion of judicial power*. New York (New York): New York University, p. 13-26, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, nº 8, p. 441-464, jul-dez 2008.

WERNECK VIANNA, Luis Jorge; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WERNECK VIANNA, Luis Jorge, BURGOS, Marcelo Baumann e SALLES, Paula Mendes. “Dezessete anos de judicialização da política”. **Tempo Social**, v. 19, n. 2. São Paulo, p. 39-85, 2007.

WHITE, G. Edward. **CONSTITUTION AND THE NEW DEAL**. Harvard University Press, 2000.

WHITTINGTON, Keith E. Once more unto the breach: Postbehavioralist approaches to judicial politics. **Law & Social Inquiry**, v. 25, n. 2, p. 601-634, 2000

\_\_\_\_\_, Keith E. "Interpose your friendly hand": Political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. **American political science review**, v. 99, n. 04, p. 583-596, 2005.

\_\_\_\_\_, Keith E. **Political foundations of judicial supremacy: The presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in US history**. Princeton University Press, 2009.

## **ANEXO I**

### **CASOS POSITIVOS DE MUDANÇA INSTITUCIONAL ENDÓGENA**

#### **CASO 1**

##### **RESUMO DA QUESTÃO**

Trata-se de uma ADI e de uma ADPF julgadas conjuntamente e que tinham por objeto a interpretação do art. 226, 3, da Constituição da República e do art. 1723 do Código Civil, que tratam do conceito de união estável. As normas qualificam a união estável como a reunião entre um homem e uma mulher, mas a Corte admitiu interpretação pela qual estendeu o conceito aos casais oriundos de relações homoafetivas com amparo numa interpretação sistemática de princípios constitucionais. Nesse julgamento foi destacado por alguns Ministros da própria Corte que ela superava a tradicional postura de legislador negativo, pelo qual a Corte não poderia incorrer em atividade hermenêutica que significasse criação legislativa. Cuida-se de importante mudança institucional porque confere à Corte um poder de criação de normas de que ela não dispunha explicitamente, inclusive limitando o campo de ação legislativa posterior do Congresso.

##### **ÓRGÃO JULGADOR**

Plenário

##### **INSTRUMENTO PROCESSUAL**

ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, Rel. Ministro Ayres Britto, em 05/05/2011

**HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS** (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Não

##### **POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO**

Favorável. O julgamento da Corte pode ser entendido como um exemplo paradigmático daquilo que WHITINGTON denominou como a “mão amiga” da Suprema Corte agindo em apoio à agendas que o Executivo teria restrições em apoiar explicitamente na arena legislativa, seja pela possibilidade de perdas eleitorais futuras ou pelo risco de produzir defecções em sua base parlamentar. Essa relação dialógica velada entre Corte e Executivo pode

ser considerada presente nesse caso porque o reconhecimento de status legal às relações homoafetivas era bandeira antiga de setores do PT, partido à época no poder.

#### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Contrário. Setores importantes do Legislativo, como a bancada evangélica, não viam o tema com simpatia. O bloqueio legislativo que esse tema sofria foi, aliás, uma razão importante para que ele fosse judicializado

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Baixa probabilidade, porque a bancada evangélica tem poder de bloqueio, mas não de promover uma retaliação ou desautorização legislativa da decisão da Corte

#### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Sim, o tema foi objeto de ampla atenção pela imprensa

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Favorável majoritariamente

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Decisão colegiada

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Dilma

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Gilmar Mendes

#### HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Sim

## CASO 2

### RESUMO DA QUESTÃO

No caso da ADPF 54, o tema em discussão era a possibilidade de interrupção de gestações nas quais o feto fosse identificado como anencéfalo, situação em que os mesmos não têm expectativa de sobrevivência, falecendo pouco após o nascimento. O STF considerou que a interrupção da gravidez nessa situação não caracteriza crime de aborto, utilizando uma argumentação fundamentalmente principiológica. Esse movimento da Corte significou uma mudança institucional endógena, na medida em que lhe conferiu poder para descriminalizar condutas que, de outro modo, poderiam ser tipificadas como ilícito penal. Como a competência para legislar sobre matéria penal é uma das atribuições mais sensíveis do Legislativo, a capacidade da Corte interferir positivamente nesse tipo de legislação aumenta a sua centralidade política, pois ela deixa de ser mera intérprete da política criminal aprovada pelo Legislativo e passa também a formulá-la em alguma medida.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

ADPF 54/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, em 12/04/2012

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Sim, pelo relator Ministro Marco Aurélio, que assumidamente deixou para pautar em outro momento que ele considerou mais adequado. Na mesma linha, em artigo publicado por SILVA (2015), um Ministro entrevistado anonimamente disse que "... não me surpreendi que o Ministro Marco Aurélio não tenha trazido a anencefalia antes da aposentadoria do Ministro Eros Grau", referindo-se ao fato de que este último se oporia à tese do relator por conta de suas convicções pessoais sobre o tema.

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Favorável. O julgamento da Corte pode ser entendido como um exemplo paradigmático daquilo que WHITINGTON denominou como a "mão amiga" da Suprema Corte agindo em

apoio à agendas que o Executivo teria restrições em apoiar explicitamente na arena legislativa, seja pela possibilidade de perdas eleitorais futuras ou pelo risco de produzir defecções em sua base parlamentar. Essa relação dialógica velada entre Corte e Executivo pode ser considerada presente nesse caso porque a decisão proferida pela Corte certamente foi vista com simpatia por setores expressivos do PT, partido à época no poder.

#### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Contrário. Setores importantes do Legislativo, como a bancada evangélica, não viam o tema com simpatia. O bloqueio legislativo que esse tema sofria foi, aliás, uma razão importante para que ele fosse judicializado

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Baixa probabilidade, porque a bancada evangélica tem poder de bloqueio, mas não de promover uma retaliação ou desautorização legislativa da decisão da Corte

#### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Sim, o tema foi objeto de ampla cobertura pela imprensa

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Em que pese a influência do fator religião, vou codificar favorável porque a cobertura da mídia foi claramente nessa direção e porque o sofrimento das mulheres grávidas atraía simpatia mesmo de muitas pessoas religiosas. Ademais, encontrei links que apontavam pesquisas do IBOPE dando conta de altos índices de aprovação à legalização do aborto nesses casos, mesmo entre mulheres católicas.

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Decisão colegiada

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Dilma Roussef

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Gilmar Mendes

#### HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA



Sim

## CASO 3

### RESUMO DA QUESTÃO

O STF julgara anos antes uma ADI em que afirmou a constitucionalidade do art. 20, 3, da Lei 8742/93. Essa norma estabelece um limite de renda para que o administrado possa pleitear o recebimento do benefício de prestação continuada, destinado àquelas pessoas que se enquadram legalmente na condição de miserável. Esse limite de renda era bastante restritivo, e por meio de uma Reclamação (instrumento processual cujo objeto é fazer valer os julgados vinculantes do STF em sede de ADI) a Corte alterou o entendimento ao qual ela própria também deveria observar. Argumentando que as circunstâncias fáticas tinham se alterado, a Corte usou um recurso institucional de escopo inicialmente limitado (a Reclamação) para superar um julgado anterior proferido por meio de um instrumento processual que tem como característica central justamente o seu caráter de cumprimento obrigatório. Dessa forma, o STF aumentou endogenamente o seu poder porque as suas decisões em ADI passaram a não mais lhe vincular, mas apenas aos demais Poderes e aos jurisdicionados de um modo geral. Ademais, a reclamação passou a ser um instrumento processual destinado não apenas a resguardar a competência do STF e a fazer cumprir suas decisões, mas também apto a lhe permitir rever suas próprias decisões em controle abstrato, sem necessidade de exame de nova ADI ou ADC.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

Reclamação 4374/PE, Rel. Ministro Gilmar Mendes, em 18/04/2013

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Sim, postergação de pauta pelo Ministro Gilmar Mendes, que sinalizou claramente em 2007 o uso inovador do instituto da Reclamação que acabou propondo em 2013.

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Contrária

#### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Contrária

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Baixa probabilidade, porque a ação poderia trazer prejuízos eleitorais aos atores envolvidos.

#### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Não foi localizada cobertura da mídia na época da decisão

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Potencialmente favorável porque implicava aumento de valor do benefício

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiada

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Dilma Roussef

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Gilmar Mendes

#### HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Sim

## CASO 4

### RESUMO DA QUESTÃO

A mudança institucional endógena aqui analisada diz respeito à possibilidade de o STF examinar a constitucionalidade de emendas constitucionais. Trata-se de uma competência rara no direito constitucional comparado e que não foi explicitamente prevista no texto constitucional, que atribui ao STF competência para julgar a constitucionalidade de “lei ou ato normativo”. Essa competência foi afirmada com amparo em interpretação sistemática, segundo a qual as assim chamadas “cláusulas pétreas” (normas constitucionais imutáveis, que não poderiam ser objeto de modificação legislativa) somente seriam adequadamente protegidas se a Corte pudesse analisar se uma emenda constitucional observava esse cuidado. Todavia, é importante notar que, ao restringir o campo de atuação do Legislativo, a Corte diminuiu a possibilidade de ser retaliada por tomar outras decisões que desagradassem o Congresso, uma vez que uma das principais cláusulas pétreas é justamente aquela que trata da separação e independência dos Poderes. Como esse receio de retribuição legislativa é um dos fatores mais importantes de contenção da ação de cortes constitucionais segundo a literatura dominante em *judicial politics*, pensamos que a decisão conferiu uma liberdade de ação importante para o STF, configurando-se em uma das mais importantes mudanças institucionais endógenas nesse período constitucional pós-1988.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

ADI 939-7/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, em 15/12/1993

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Não

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Contrária

#### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Contrária

#### POTENCIAL RETALIAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Baixa probabilidade, porque a ação poderia trazer prejuízos eleitorais aos atores envolvidos.

#### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Sim

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

A posição era majoritariamente favorável porque o tema de fundo era a cobrança de IPMF (o antecessor da CPMF), tributo objeto de muitas críticas na opinião pública .

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Decisão colegiada

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Itamar Franco

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Moreira Alves

#### USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Não.

## CASO 5

### RESUMO DA QUESTÃO

Nesse caso o STF, com base em uma interpretação principiológica da Constituição de 1988, determinou o fornecimento gratuito de medicamentos a portadores de AIDS, sob o argumento de que as normas programáticas (como aquelas que asseguram os direitos à vida e à saúde) não podem se transformar em “promessa constitucional inconsequente”. Esse julgado, até onde foi possível pesquisar, é o julgado paradigma utilizado para afirmar o poder do Judiciário interferir positivamente em políticas públicas do Executivo. O STF deixa de atuar apenas impedindo medidas potencialmente inconstitucionais da Administração Pública, e passa a determinar ações administrativas concretas. É evidente que essa mudança altera a centralidade política da Corte (e caracteriza, pois, mudança institucional endógena), tanto é que atualmente há um grande esforço do Executivo de atuar de maneira concertada com o Judiciário nas políticas públicas da área da Saúde.

### ÓRGÃO JULGADOR

2 Turma

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

RE 271286 AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, em 12/09/2000

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Não

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Contrária

### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Contrária

### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Baixa probabilidade, porque a ação poderia trazer prejuízos eleitorais aos atores envolvidos.

#### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Não, o noticiário estava majoritariamente ocupado pela crise política entre o Presidente FHC e o então Governador de MG Itamar Franco, por conta da ameaça de invasão da fazenda do primeiro pelo MST, o que o levava a enviar tropas federais para o Estado sem autorização prévia do governo mineiro.

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Potencialmente favorável

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiada

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Fernando Henrique Cardoso

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Moreira Alves

#### HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Sim

## CASO 6

### RESUMO DA QUESTÃO

No julgamento do Mandado de Segurança 26603/DF, o STF criou, por interpretação constitucional, uma nova cláusula de perda de mandato por infidelidade partidária. O ponto que merece destaque nessa decisão é a proclamação, no voto vencedor, de que o poder constituinte (o poder de criação das normas constitucionais) também é exercido pela corte constitucional no exercício do *judicial review*, pois "No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la", uma vez que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplica-la". A mudança institucional endógena é evidente, pois a Corte se permitiu assumidamente criar norma constitucional e, assim, poderia invocar futuramente essa competência para novas alterações no texto constitucional. Ademais, agiu assim em tema delicado, diretamente relacionado ao funcionamento de outro Poder, o que obriga o meio político a levar as potenciais posições do STF em conta em seus cálculos estratégicos futuros. Vale registrar que, a rigor, o mandado de segurança foi denegado, mas apenas porque a Corte entendeu que não poderia aplicar o novo entendimento retroativamente. Ela evitou o conflito imediato e incorporou a competência no longo prazo.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

MS 26603/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, em 04/10/2007

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Não

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Contrária, uma vez que a possibilidade de cooptar parlamentares nos partidos de oposição era prática recorrente do Executivo.



#### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Contrária, pois interferiria na liberdade de ação dos parlamentares.

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Concreta, porque a ação, embora bem recebida pela opinião pública, impactava significativamente o sistema político em um ponto que lhe é muito importante.

#### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Sim

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Favorável, porque essa prática partidária era criticada pela opinião pública

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiada

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Lula

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Gilmar Mendes

#### HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Sim

## CASO 7

### RESUMO DA QUESTÃO

O governo Lula, então em seu segundo mandato, convivia com um grande número de greves no serviço público, encerradas ou não. O STF colocou então em pauta de julgamento 3 mandados de injunção, os quais haviam sido impetrados por diferentes sindicatos e tinham por objeto justamente a regulamentação do direito de greve no serviço público diante da omissão do Congresso Nacional. Sendo a greve não apenas um direito constitucional, mas também um fato político, ela era exercida pelos servidores públicos com um grau de liberdade que incomodava o Executivo porque lhe era politicamente custoso impor sanções mais duras aos grevistas, ainda mais para um governo com fortes conexões com o movimento sindical. O Legislativo, por sua vez, sempre muito sensível à pressão de influentes corporações de servidores públicos, também tinha dificuldades de legislar sobre o tema.

O STF abandonou a sua postura até então deferente e aplicou ao setor público a legislação sobre greve que regulamenta as atividades de natureza privada, determinando que a aplicação da legislação sobre o direito de greve do setor privado deveria ser estendida para toda e qualquer greve no serviço público a partir daquele momento e até que o Parlamento resolvesse deliberar sobre o tema, o que significou um ato com nítida natureza legislativa e uma completa reviravolta da compreensão que a Corte tinha em relação aos limites do uso do mandado de injunção, conforme explicamos em capítulo precedente. Assim, a Corte passou a dispor de um instrumento relevante para produzir decisões de natureza quase legislativa, pois valem como norma até que o Legislativo delibere e edite uma lei sobre o tema. Típica mudança constitucional endógena.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

MI 670/ES (o mais antigo), Rel. Min. Gilmar Mendes, em 25/10/2007

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Sim, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo em 2003 e permaneceu com os autos até 2007, quando era outra a composição da Corte.

#### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Poderia ser potencialmente desfavorável a que a Corte dispusesse desta competência, mas, dado o contexto político e o tema envolvido, foi favorável, em especial segundo o noticiado na época, porque solucionou uma questão política delicada para o Executivo, que tinha dificuldades políticas para agir em relação ao direito de greve dos servidores públicos.

#### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

A dificuldade em legislar sobre o tema denotava resistência semelhante àquela dos casos da união homoafetiva e da interrupção da gravidez de anencéfalos, no sentido de que o Congresso não queria aprovar uma lei nesse sentido. Nessas situações entendemos que o bloqueio de pauta legislativa deve ser entendido como posição desfavorável à possível decisão da Corte. Ademais, a mudança de atitude contra a reiterada desconsideração, pelo Legislativo, das injunções anteriormente deferidas pelo STF, permite inferir que aquele não gostaria de perder para esta última o recurso de simplesmente ignorar suas decisões que porventura não lhe conviessem.

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Baixa probabilidade, porque a ação, de certo modo, atendia interesses de ambos e encontrava suporte em boa parte dos usuários do serviço público, além de que os setores parlamentares mais próximos dos servidores não tinham poder suficiente para impor uma reação à Corte.

#### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Sim

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Favorável em razão do tema envolvido

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiada

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Lula

CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Gilmar Mendes

HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Não

## CASO 8

### RESUMO DA QUESTÃO

O STF tinha uma jurisprudência sumulada no sentido de manter a prerrogativa de foro de autoridades constitucionalmente designadas mesmo após a perda da função por essas autoridades. Essa jurisprudência foi superada pela Corte, em resposta à pressões da opinião pública à época, inconformada com a baixa taxa de punição em escândalos políticos. O Legislativo então editou nova lei para tratar do assunto e contornar a alteração jurisprudencial, fixando novamente o foro por meio de uma lei que reinterpretava a Constituição de modo diverso do STF. Essa lei foi então impugnada no STF, que julgou a lei inconstitucional e, assim, afirmou o seu poder de impedir (ou ao menos constranger) a edição de leis interpretativas do sentido de normas constitucionais, afirmando sua centralidade política no campo da interpretação da Constituição.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

ADI 2797/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 15/09/2005

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Vou codificar como Sim pelos seguintes motivos: a) a tramitação foi rápida até a apresentação do parecer do MPF e em seguida levou bastante tempo até entrar em pauta de julgamento; b) houve pedido de vista que durou cerca de um ano por parte de um magistrado (Ministro Eros Grau); c) conseguimos detectar no período várias matérias, com manifestação de parlamentares e sociedade civil, pressionando pela votação do tema, de modo que havia uma certa consciência da Corte sobre sua importância; d) o processo somente voltou à pauta após estourar a crise do Mensalão, o que possivelmente possibilitou à Corte reafirmar sua posição mais tranquilamente.

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Contrária, pois o tema era de seu interesse e tampouco lhe convinha, partindo-se da premissa de que normalmente o Executivo dispõe de maioria parlamentar, que o STF pudesse limitar a edição de leis que interpretassem a Constituição.

#### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Contrária, pois o tema era do seu interesse e não lhe convinha que a Corte limitasse o seu poder de legislar a título de interpretar a Constituição.

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Baixa probabilidade porque já havia precedente anterior do STF naquele tema, que a legislação visava justamente atalhar; ademais, o contexto político de grave crise ligada ao Mensalão não ajudava.

#### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Sim

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Favorável, pois a manutenção da regra do foro privilegiado não era bem vista pela opinião pública

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiada

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Lula

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Gilmar Mendes

#### HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Não

## CASO 9

### RESUMO DA QUESTÃO

No julgamento da ADPF 45/DF, o Ministro Celso de Mello, embora tenha decidido pela extinção do processo por razões processuais, efetuou várias observações concernentes ao mérito da ação, que evidentemente não foram apreciadas pelo plenário em razão da extinção do processo sem que os debates chegassem a esta fase. Essas observações diziam respeito à possibilidade de o Judiciário interferir na formulação de políticas públicas e de eventualmente apreciar a constitucionalidade de vetos legislativos pelo Executivo e mesmo as próprias opções legislativas na formulação do orçamento. Embora fossem, em princípio, apenas considerações teóricas sobre o tema, elas passaram a ser mencionadas como se fossem jurisprudência firmada pela Corte em decisão proferida monocraticamente pelo próprio Ministro Celso de Mello, e num segundo momento por outros membros do STF em decisões colegiadas. Cuida-se de uma mudança institucional relevante porque permite ao Judiciário interferir mais decisivamente na formulação de políticas públicas, inclusive acerca de vetos legislativos motivados por interesse público, a título de aplicar a Constituição.

### ÓRGÃO JULGADOR

Seria o Plenário, mas a decisão foi tomada monocraticamente porque foi uma decisão de extinção do processo sem julgamento do mérito.

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

ADPF45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, em 29/04/2004

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Sim, por meio do informativo de jurisprudência da Corte, voltando-se a criação de suposto precedente depois mencionado por seus pares como se tal fosse.

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Seria potencialmente negativa, mas a ação foi extinta.

### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Seria potencialmente negativa, mas a ação foi extinta.

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Baixa probabilidade, porque a ação não chamou suficiente atenção à época e também poderia gerar prejuízos eleitorais.

#### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Não

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Potencialmente favorável

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Monocrática

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Lula

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Gilmar Mendes

#### HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Sim



## CASO 10

### RESUMO DA QUESTÃO

O então Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Eduardo Cunha (PMDB-RJ), estava acochado por graves acusações de corrupção, inclusive com inquéritos instaurados e uma ação penal já em curso no STF. Após desempenhar papel central na votação que autorizou a instalação de processo de *impeachment* da então Presidenta Dilma Rouseff, e mesmo manobrando os recursos institucionais da Presidência da Câmara de forma questionável, sua situação política se agravou ainda mais. Neste contexto político, o partido REDE Sustentabilidade propôs a ADPF 402-DF, que tinha o objetivo explícito de tratar da possibilidade de réus em processo criminal ocuparem a linha sucessória da Presidência da República, e o fim velado de afastar Eduardo Cunha da Presidência da Câmara, de modo a impedi-lo de continuar a manobrar contra a cassação do seu mandato parlamentar. De outro lado, na ação penal na qual era réu, havia pedido semelhante até então não apreciado pelo Ministro Teori Zavascki, relator do processo. Quando o relator da ADPF 402/DF, Ministro Marco Aurélio, pediu a inclusão desse processo em pauta de julgamento, o Ministro Teori Zavascki deferiu surpreendente decisão monocrática na AC 4070/DF (que estava há meses esperando sua apreciação acerca de pedido de afastamento do Presidente da Câmara, formulado pelo Procurador-Geral da República). Por meio da medida cautelar deferida, Eduardo Cunha foi não apenas afastado da Presidência da Câmara dos Deputados, mas também do exercício das prerrogativas inerentes ao seu mandato parlamentar. A possibilidade de a Corte afastar um parlamentar no exercício do mandato (que após sofreu substancial limitação no rumoroso caso que envolveu o Senador Aécio Neves e a delação da *holding* JBS) constitui típica mudança institucional endógena, seja porque não tem qualquer previsão explícita no texto constitucional, seja porque nitidamente altera o jogo de forças entre os Poderes Legislativo e Judiciário. É importante frisar que, mesmo com a inegável derrota política sofrida pela Corte no episódio Aécio Neves, esse poder de suspender o exercício de mandato parlamentar continua a existir, e que seu condicionamento à aprovação da Casa Legislativa atrai para esta última um enorme desgaste político que nem sempre ela estará disposta a assumir.

### ÓRGÃO JULGADOR

A decisão do Ministro Teori Zavascki foi monocrática, embora tenha sido confirmada no mesmo dia pelo Plenário da Corte.

## INSTRUMENTO PROCESSUAL

Ação Cautelar 4070/DF

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros, decisão monocrática)

Foi usada a possibilidade de decisão monocrática pelo Ministro Teori Zavascki, embora tenha submetido a mesma ao Plenário no mesmo dia. Esse fato permite indagar porque o magistrado não submeteu a própria medida cautelar diretamente ao Plenário, sem deferimento prévio pela via monocrática. Outra dado interessante é que a ação cautelar (um tipo de ação que pelo próprio nome denota a suposta urgência em sua apreciação) foi distribuída para o relator no dia 16 de dezembro de 2015, sendo que, desde a última remessa do processo ao seu gabinete (no dia 26 de fevereiro de 2016) e posterior retorno à secretaria do STF, não foi possível identificar nenhuma petição ou movimentação relevante que impossibilitasse a tomada de decisão em momento anterior, de modo que a consideração de sua urgência (pressuposto de toda decisão cautelar) parece inicialmente correlacionada com a colocação em pauta de julgamento da ADPF 402-DF para o mesmo dia em que foi proferida a decisão do Ministro Teori Zavascki.

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Desfavorável por se tratar de um aliado político

### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Desfavorável em decorrência do grave precedente criado.

### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU JUDICIÁRIO

Concreta probabilidade, porque a ação, embora bem recebida pela opinião pública e feita contra um Congresso politicamente acuado diante das repercussões da Operação Lava Jato, impactava significativamente o sistema político em um ponto que lhe é muito importante. Ademais, pelas características da liderança que o então Deputado Eduardo Cunha exercia sobre parcela expressiva da Câmara dos Deputados, também poderia ser esperado algum tipo de reação efetiva.

### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Sim

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Favorável, dado que naquele contexto Eduardo Cunha era um personagem político bastante impopular e muito ligado a acusações de corrupção

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Monocrática, ainda que confirmada pelo colegiado no mesmo dia

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Michel Temer

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Gilmar Mendes

#### HOVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Sim

## CASOS NEGATIVOS DE MUDANÇA INSTITUCIONAL ENDÓGENA

### CASO 11

#### RESUMO DA QUESTÃO

Após o julgamento da ADI 4430/DF, o STF acabou criando um incentivo institucional para a criação de novos partidos, na medida em que se permitiu que a mudança de partidos por parte de parlamentares fosse acompanhada do benefício de acréscimo do tempo de televisão e fundo partidário para o novo partido. Após a criação do PSD, incentivada pelo governo porque implicou perdas de quadros da oposição (notadamente no Democratas), o Congresso começou a discutir um projeto de lei que limitava o acesso de novos partidos ao tempo de televisão e fundo partidário, de certo modo contrariando a interpretação anterior da Corte. O alvo velado era dificultar a criação de novos partidos oposicionistas, notadamente a REDE Sustentabilidade e o Solidariedade. Impetrado mandado de segurança contra essa medida, o Ministro Gilmar Mendes deferiu liminar suspendendo a discussão do projeto de lei, ao argumento de que ele era casuística e feria o direito de expressão de minorias políticas. Acontece que o controle prévio da constitucionalidade de projetos de lei, do ponto de vista do mérito da proposição, jamais tinha sido adotado pela Corte em atenção à ideia de que semelhante controle feria a independência do Legislativo ao impedi-lo de deliberar e votar proposições legislativas. Esse controle prévio de mérito seria, ademais, exercido pelas comissões de constituição e justiça das Casas Legislativas e no momento da sanção da lei pela Presidência da República. No julgamento, a liminar deferida acabou cassada pelo Plenário da Corte, que adotou postura de autocontenção e não aproveitou o momento, com cobertura favorável da mídia, para avançar na afirmação de nova competência jurisdicional. Entenderam os Ministros que o Legislativo não podia ser impedido de deliberar e legislar, mesmo que editando lei potencialmente inconstitucional e/ou contrária a precedentes da Corte.

#### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

#### INSTRUMENTO PROCESSUAL

Mandado de Segurança 32033/DF, Relator original Ministro Gilmar Mendes, Relator para o acórdão Ministro Teori Zavascki, julgado em 20/06/2013

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Sim, o Ministro Gilmar Mendes deferiu medida liminar democrática e demorou algum tempo antes de pedir pauta para julgamento, aparentemente com o objetivo de impedir que a nova regra fosse editada antes do início de 1 ano antes das eleições. Além disso, se engajou em amplo debate sobre o tema na imprensa, de maneira a reforçar estrategicamente o seu posicionamento interno.

#### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Favorável porque a votação do projeto de lei era de interesse do governo, uma vez que dificultava o lançamento de candidaturas oposicionistas no próximo pleito presidencial

#### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Favorável porque mantinha um recurso institucional relevante, qual seja, o de votar um projeto de lei mesmo que seu conteúdo pudesse ser considerado inconstitucional pelo STF, e mesmo contrariando eventual julgado anterior da Corte

#### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Houve expressiva cobertura da imprensa, em geral favorável à liminar deferida.

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Desfavorável, pois a liminar cassada era vista como potencialmente viabilizadora da candidatura da ex-Ministra Marina Silva pelo partido político que pretendia criar, a REDE Sustentabilidade.

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Concreta probabilidade, porque a pretensão, caso deferida, interferia em prerrogativas sensíveis ao Legislativo.

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiada

QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Dilma Roussef

CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Gilmar Mendes

HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Não

## CASO 12

### RESUMO DA QUESTÃO

Logo em 1989 o STF teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema fidelidade partidária, no julgamento de um mandado de segurança que tinha por objeto retirar a condição de suplente que se desvinculara do partido ou aliança partidária pela qual fora eleito. A Corte entendeu à época que não havia que se falar em fidelidade partidária para o suplente se tal princípio tampouco era aplicável aos parlamentares eleitos. Como se percebe, o STF, a despeito de se lhe apresentar a possibilidade estratégica de interferir no tema criando um primeiro precedente em caso de menor repercussão (uma vez que dirigida a um suplente), deixou de fazê-lo.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

Mandado de Segurança 20297/DF, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 11/10/1989.

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Não

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Contrária, porque a imposição do princípio da fidelidade partidária dificultaria a prática política então corrente de cooptação de parlamentares pelo Executivo por meio da troca de partidos. Portanto **favorável** a decisão tomada de autocontenção

### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Contrária, pela perda de autonomia que a medida representaria para os parlamentares. Portanto **favorável** a decisão tomada de autocontenção

### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Não

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Caso houvesse cobertura relevante, seria potencialmente desfavorável ao que o STF decidiu.

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Concreta probabilidade, porque a pretensão, caso deferida, interferiria em prerrogativas sensíveis ao Legislativo.

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiada

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo José Sarney

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Moreira Alves

#### HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Não



## CASO 13

### RESUMO DA QUESTÃO

O uso considerado abusivo do instituto da medida provisória sempre foi tema que suscitou polêmica, dado que é visto como um recurso para pautar o Legislativo (afetando sua independência) e que suscita questionamentos sobre sua adequação a um regime de governo presidencialista. Embora a autonomia legiferante do Executivo tenha sofrido restrições posteriores por meio de emenda à Constituição, num primeiro momento o STF adotou postura de clara autocontenção ao decidir que somente haveria que se cogitar controle jurisdicional na edição de medida provisória em caso de “abuso manifesto” do Executivo. Cumpre atentar, porém, que nesse processo, cujo objeto era a extensão de um reajuste salarial concedido apenas a uma parte do funcionalismo público, o Executivo enviara apenas 20 dias antes ao Congresso Nacional um projeto de lei, em regime de urgência, com a previsão desse reajuste, sendo que alegadamente nada ocorrera nesse período que alterasse o juízo formulado originalmente sobre o cabimento apenas do envio de projeto de lei, e não da edição de medida provisória; esse era o possível uso abusivo do instituto que fora apontado, sobre o qual a Corte preferiu não interferir.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

ADI 525 MC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 12/06/1991

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Não

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Favorável porque lhe seria deferente

### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Favorável porque lhe seria deferente

HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Não foi detectada no período de interesse

POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Potencialmente desfavorável à decisão proferida, dado o objeto da ação significar aumento para o funcionalismo público, geralmente entendido de modo negativo.

POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Concreta probabilidade, porque a pretensão, caso deferida, interferiria em prerrogativas sensíveis ao Executivo.

DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiada

QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Fernando Collor de Mello

CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Moreira Alves

HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Não

## CASO 14

### RESUMO DA QUESTÃO

É ponto pacífico na literatura sobre *judicial politics* que a Constituição de 1988 alterou significativamente o desenho institucional do STF. Há também consenso de que uma de suas inovações mais relevantes seria a ampliação do rol de legitimados para acionar a Corte no controle concentrado de constitucionalidade (quando a lei é questionada abstratamente, independente de um caso concreto), a qual deixou de ser competência exclusiva do Procurador-Geral da República e passou a ser atribuição também de atores como os partidos políticos, Presidências de casas legislativas e confederações sindicais de âmbito nacional. Quanto a estes últimos atores, a Corte adotou um entendimento restritivo, criando um filtro de legitimação conhecido como “pertinência temática”, não previsto expressamente no texto constitucional. Embora se perceba a existência de uma hermenêutica criadora nesse caso, o interessante, para o fim de nossa pesquisa, é que este filtro diminuiu endogenamente o peso político da Corte, na medida em que restringiu o acesso àquela. De outro lado, é certo que essa representou uma tentativa da Corte de manter algum controle sobre a sua agenda, impedindo que entidades privadas questionassem a constitucionalidade de leis que não se relacionassem diretamente com os interesses que representavam.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

ADI 305 MC, Relator Ministro Paulo Brossard, 22/05/1991

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Não

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Favorável

### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Favorável

HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Não

POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Codificarei como desfavorável porque entendo que a sociedade preferiria uma maior facilidade de acesso à Corte

POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Baixa probabilidade, porque a pretensão, caso deferida, não interferiria em prerrogativas sensíveis dos demais Poderes.

DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiada

QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Fernando Collor de Mello

CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Moreira Alves

HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Não

## CASO 15

### RESUMO DA QUESTÃO

Embora seja corrente no Direito a existência de leis interpretativas, ou seja, que buscam fixar um determinado significado para normas publicadas em outras leis anteriores, o STF se viu diante da possibilidade de limitar mais fortemente o exercício deste recurso institucional pelo Legislativo. No julgamento da ADI 605 MC, porém, o relator, Ministro Celso de Mello, admitiu a existência desse tipo de lei e estabeleceu como única ressalva a possibilidade de esta lei interpretativa ser também objeto de interpretação, notadamente do ponto de vista de sua constitucionalidade. A admissão, todavia, da existência dessa espécie de veículo normativo, naturalmente pode limitar o arco de opções interpretativas do Judiciário.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

ADI 605 MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 23/10/1991

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Não

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Favorável

### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Favorável

### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Não

### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Codificarei como desfavorável porque ela se relacionava com o processo de privatização, que de um modo geral não era bem visto pela população.

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Concreta probabilidade, porque a pretensão, caso deferida, interferia em prerrogativas sensíveis ao Legislativo.

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiado

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Fernando Collor de Mello

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Moreira Alves

#### HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Não

## CASO 16

### RESUMO DA QUESTÃO

O controle de constitucionalidade preventivo, no sistema constitucional brasileiro, é atribuído ao próprio Legislativo, por meio da comissão de constituição e justiça de cada casa legislativa. Mesmo que a pretexto de defender a intangibilidade de cláusulas pétreas, o STF firmou entendimento de que não lhe cabia limitar o exercício de atividade parlamentar enquanto a proposição legislativa supostamente inconstitucional ainda esteja tramitando. Entendimento diverso evidentemente seria fonte de forte tensão com o Legislativo, dado que permitiria à Corte interferir diretamente no processo decisório de outro Poder, assim como na fixação de sua agenda (ao se interditar, ainda que circunstancialmente, deliberações sobre dado tema). Apesar disso, **e somente para ilustrar o poder das Ilhas mesmo quando elas não logram implementar a mudança constitucional endógena**, no Mandado de Segurança 32033/DF (Relator original Ministro Gilmar Mendes, Relator para o acórdão Ministro Teori Zavascki, julgado em 20/06/2013), o Ministro Gilmar Mendes deferiu liminar suspendendo a discussão de projeto de lei que dificultava a criação de novos partidos políticos, ao argumento de que ele era casuísta porque visava prejudicar grupos políticos específicos (de oposição) e feria o direito de expressão de minorias políticas. A liminar foi posteriormente cassada pelo plenário da Corte, mas não deixou de produzir efeitos na arena política, pois o projeto de lei somente foi aprovado após a vigência do prazo de carência de um ano para alterações na legislação eleitoral previsto na Constituição, o que significa dizer que ele não seria aplicável para as eleições do ano seguinte.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

ADI 466/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 03/04/1991.

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Não

#### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Favorável, pois se o Executivo normalmente dispõe de maioria parlamentar, esse recurso institucional poderia ser mobilizado por minorias políticas contra sua agenda legislativa

#### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Favorável, dado que essa mudança institucional endógena interferiria diretamente na sua capacidade de interferir na arena política

#### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Não

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Codificarei como desfavorável porque o tema se relacionava com a possibilidade de plebiscito para a pena de morte, de modo que parto do pressuposto de que a opinião pública veria como favorável a possibilidade de ser consultada a decidir sobre o tema.

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Concreta probabilidade, porque a pretensão, caso deferida, interferia em prerrogativas sensíveis ao Legislativo.

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiada

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Fernando Collor de Mello

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Moreira Alves

#### HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Não



## CASO 17

### RESUMO DA QUESTÃO

O STF apreciou Reclamação pela qual se questionava a possibilidade de o Legislativo editar lei com idêntico conteúdo normativo a outra porventura já declarada inconstitucional pela Corte. O entendimento adotado foi de que o Legislativo, no exercício de sua atividade típica, não estaria vinculado à decisão anterior do STF, ao contrário do Executivo ou dos demais órgãos do Judiciário.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

Reclamação 2617/MG AgR, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 23/02/2005.

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Não

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Favorável, pois se o Executivo normalmente dispõe de maioria parlamentar, esse recurso institucional poderia ser mobilizado por minorias políticas contra sua agenda legislativa

### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Favorável, dado que essa mudança institucional endógena interferiria diretamente na sua capacidade de interferir na arena política

### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Não

### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Codificarei como desfavorável porque ela permitiu a nova imposição de taxa de iluminação pública pelo Estado de MG.

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Codificarei como concreta porque, embora o caso tratasse de lei estadual, poderia gerar um grave precedente contra o Congresso Nacional, inclusive em virtude da aplicação do princípio da simetria com o centro, que recomendava o mesmo tratamento aos diversos níveis da Federação. Assim, penso que esse precedente não deteria o Congresso em momento futuro.

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiada

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Lula

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Gilmar Mendes

#### HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Não

## CASO 18

### RESUMO DA QUESTÃO

No julgamento da ADPF 144/DF, a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) propôs uma leitura da legislação eleitoral então vigente que permitisse aos juízes eleitorais negar o registro de candidatos que porventura fossem réus em processo criminal, com base numa leitura principiológica da Constituição e a despeito da exigência clara da lei eleitoral de que esses eventuais processos criminais houvessem transitado em julgado para que fosse negado o registro. A Corte adotou uma postura contida ao reafirmar a interpretação que à época conferia ao princípio da presunção de inocência, no sentido de que o mesmo deixava de produzir efeitos apenas após o trânsito em julgado do processo. A negativa da Corte nesta ADPF desembocou no movimento de coletas de assinaturas para lei de iniciativa popular, que mais tarde, aprovada pelo Congresso diante de forte pressão midiática, ficou conhecida como a Lei da Ficha Limpa. Interessante notar que a entidade proponente da ADPF representava atores institucionais que seriam os beneficiários diretos, do ponto de vista do aumento de seu poder político, na interpretação que propunha.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

ADPF 144/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 06/08/2008

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Não

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Favorável à decisão tomada porque poderia trazer prejuízos futuros ao seu ocupante

### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Favorável à decisão tomada porque poderia trazer prejuízos futuros aos seus membros

### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Não sobre esse assunto, uma vez que a repercussão acerca da prisão e soltura do banqueiro Daniel Dantas dominava o noticiário que envolvia o STF na época.

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Desfavorável, como demonstrou a posterior aprovação da Lei da Ficha Limpa.

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Concreta probabilidade, porque a pretensão, caso deferida, interferiria em questão sensível ao Legislativo e Executivo.

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiada

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Luis Inácio Lula da Silva

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Gilmar Mendes

#### HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Não

## CASO 19

### RESUMO DA QUESTÃO

O rumoroso “Caso Battisti” foi apreciado mais de uma vez pelo STF, mas o seu último e decisivo momento processual foi a apreciação da Reclamação 11.243, proposta pela Itália, cujo relator originário foi o Ministro Gilmar Mendes; uma vez vencido no colegiado, o magistrado foi substituído na relatoria pelo colega que proferiu o primeiro voto divergente, Ministro Luiz Fux. Em momento anterior, a Corte autorizara a extradição de Cesare Battisti, mas decidira que caberia ao Presidente da República analisar o tratado de extradição firmado entre Brasil e Itália para o fim de avaliar se o caso em exame se adequaria aos termos do tratado. Uma vez negada a extradição, o país europeu propôs uma reclamação junto ao STF, alegando que o seu julgado fora descumprido porque o tratado autorizaria a extradição e a Presidência da República estaria negando cumprimento ao mesmo. A Corte, após acirrados debates, entendeu que sua decisão era apenas autorizativa da extradição, sendo que a decisão final caberia ao Presidente da República, constituindo-se em ato de exercício de soberania atribuído ao Executivo, o qual não poderia ser questionado por outra nação. Considerada a decisão, e ainda o contexto político de forte questionamento midiático que marcou a decisão, nos parece claro que o STF deixou conscientemente de buscar a promoção de uma mudança institucional endógena pela qual a Corte teria um papel muito mais central no processo de extradição, processo esse usualmente vinculado ao Poder Executivo nos ordenamentos constitucionais em razão das implicações políticas que ele possui.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

Reclamação 11.423, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 08/06/2011

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Sim, alguns Ministros se engajaram numa disputa midiática para legitimar uma posição do STF que retirasse do Executivo a prerrogativa de decidir por último sobre o tema.

#### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Favorável, pois confirmou a competência do Executivo para o exercício de um importante recurso institucional

#### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Favorável porque foi uma decisão que reforçou um marco político de respeito ao princípio da separação e independência entre os Poderes.

#### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Sim, houve uma enorme exposição midiática, com viés francamente favorável ao deferimento da extradição

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Codificarei como contrária ao decidido, dada a orientação adotada pela cobertura da imprensa, que retratava o extraditando como alguém condenado na justiça italiana por assassinato.

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Concreta probabilidade, porque a pretensão, caso deferida, interferiria em prerrogativas sensíveis ao Executivo, que representa o Estado brasileiro nestes assuntos.

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiada

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Dilma Rouseff

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Gilmar Mendes

#### HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Não

## CASO 20

### RESUMO DA QUESTÃO

Após o julgamento da ADI 02/DF, o STF decidiu uma questão importante que à época preocupava a comunidade jurídica, mas também tinha evidente repercussão na arena política. Tratava-se de saber se a Corte poderia apreciar, por meio de ADI, a constitucionalidade de leis editadas antes da promulgação do novo texto constitucional. Se elas pudessem ser atacadas nessa via de controle abstrato de constitucionalidade, todo um arcabouço legal oriundo do regime militar, como a Lei de Imprensa e a Lei de Segurança Nacional, possivelmente sofreriam imediata contestação no STF. Além disso, haveria também um grande número de ADI a sobrecarregar a agenda da Corte, o que naquela época era um temor manifestado pelos Ministros (ao menos retoricamente) para justificar algumas de suas posições autocontidas. A Corte então reafirmou sua jurisprudência anterior, para firmar que a legislação anterior não se tornava inconstitucional, mas sim era revogada pela Constituição. Todavia, a consequência prática desse entendimento era que a constitucionalidade de uma lei anterior à Constituição de 1988 apenas seria apreciada caso a caso, no controle concreto de constitucionalidade. A falta de um mecanismo institucional que desse conta desse controle abstrato de leis anteriores ao novo texto constitucional acabou desembocando na evolução da compreensão do alcance, e na sua regulamentação em 1999 pela Lei 9882/99, do instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF.

### ÓRGÃO JULGADOR

Plenário

### INSTRUMENTO PROCESSUAL

ADI 02/DF, Relator Ministro Paulo Brossard, julgado em 06/02/1992

HOUVE USO RELEVANTE DE RECURSOS INSTITUCIONAIS (seja pedido de vista, colocação ou negativa de pauta pela Presidência, postergação da pauta pelo relator, declarações públicas dos Ministros)

Não

### POSIÇÃO ESPERADA DO EXECUTIVO

Favorável porque possivelmente não era de seu interesse naquele momento ver questionado todo um arcabouço legal sem que o mesmo fosse reformado pelo Congresso nos seus termos e no seu tempo político

#### POSIÇÃO ESPERADA DO LEGISLATIVO

Favorável porque destacava a importância de um recurso institucional relevante a seu dispor, qual seja, o de modificar a legislação anterior ao novo texto constitucional mediante ação legislativa

#### HOUVE COBERTURA RELEVANTE DA MÍDIA

Não foi detectada.

#### POSIÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

Codificarei como favorável porque o tema era ligado à pretensão das escolas particulares de aumentar com maior liberdade as mensalidades que cobravam.

#### POTENCIAL REAÇÃO DO EXECUTIVO E/OU LEGISLATIVO

Possibilidade concreta de reação porque a abertura da possibilidade de imediato questionamento de toda a legislação federal vigente poderia trazer graves transtornos de governabilidade para o Executivo, que poderia acusar o STF de produzir insegurança jurídica.

#### DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA

Colegiada

#### QUAL GOVERNO OCORREU

Governo Fernando Collor de Mello

#### CORTE MOREIRA ALVES OU GILMAR MENDES

Corte Moreira Alves

#### HOUVE USO DE UMA RETÓRICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Não



## ANEXO II

### CENÁRIO COM A MATRIZ ANALÍTICA 1 PARA SOLUÇÃO PARCIMONIOSA

#### TRUTH TABLE ANALYSIS

File: /Users/pauloalkmincostajunior/Downloads/Matriz Analítica 1.csv

Model:  $Y = f(X1, X2, X3, X4, X5, X6)$

Algorithm: Quine-McCluskey

#### PARSIMONIOUS SOLUTION

frequency cutoff: 1

consistency cutoff: 1

raw unique

coverage coverage consistency

$X1 * X2$  0.8 0.1 1

$X6$  0.7 0 1

$X2 * X5$  0.8 0 1

solution coverage: 1

solution consistency: 1

Cases with greater than 0.5 membership in term  $X1 * X2$ : Case1 (1,1), Case2 (1,1), Case3 (1,1), Case4 (1,1), Case5 (1,1), Case7 (1,1), Case8 (1,1), Case9 (1,1)

Cases with greater than 0.5 membership in term  $X6$ : Case1 (1,1), Case2 (1,1), Case3 (1,1), Case5 (1,1), Case6 (1,1), Case9 (1,1), Case10 (1,1)

Cases with greater than 0.5 membership in term  $X2 * X5$ : Case1 (1,1), Case2 (1,1), Case3 (1,1), Case6 (1,1), Case7 (1,1), Case8 (1,1), Case9 (1,1), Case10 (1,1)