

O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político*

The Supreme Individuals: how Brazilian Supreme Court Justices can directly influence the political process

Diego Werneck Arguelhes**
Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

Leandro Molhano Ribeiro***
Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

1. Introdução

Nos últimos anos, paralelamente ao crescente reconhecimento do STF como um ator independente na formulação de políticas públicas, ampliaram-se os estudos sobre o processo interno de tomada de decisão do tribunal¹. Tanto do ponto de vista descritivo, quanto do normativo, há muito a ser ganho com essa perspectiva. Afinal, é também no procedimento colegiado que se forma a posição de cada Ministro e, ao final, é da soma dessas posições individuais que surge a posição do tribunal². Compreender a dinâmica interna do STF como arena de ação, na qual diferentes posições sobre o

* Os autores gostariam de agradecer a Thomaz Pereira, Gabriel Dolabella, Júlia Brandão e Luna Barroso pela leitura e comentários a uma versão anterior deste artigo.

** Doutor em Direito pela Universidade Yale (EUA). Professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). E-mail: dwarguelhes@gmail.com.

*** Doutor em Ciência Política pelo IUPERJ/UCAM. Professor da FGV Direito Rio. E-mail: leandro.ribeiro@fgv.br.

1 Ver, p.ex., OLIVEIRA, 2012a; e OLIVEIRA, 2012b. Ver também TAYLOR, 2008.

2 Existem, porém, críticas sistemáticas quanto à possibilidade de se tratar as decisões do STF como uma construção verdadeiramente colegiada. As várias dimensões desse problema, do processo de deliberação dos Ministros à redação dos votos e acórdãos, tem sido objeto de análise por diversos autores (ver, p.ex., MENDES, 2012; SILVA, 2013; e VOJVODIC et al., 2009).

direito se relacionam nos votos dos(as) Ministros(as), é fundamental para a compreensão de como o tribunal participa do processo decisório nacional³. O foco analítico no processo decisório interno do STF, porém, ainda que importante, contém seus próprios pontos cegos. Em especial, não se pode perder de vista a possibilidade de que, no marco institucional vigente, ações *individuais* dos(as) Ministros(as) do STF possam produzir efeitos sobre o processo político. O objetivo deste artigo é mapear conceitualmente esse tipo de ação, identificando alguns exemplos na prática decisória do tribunal. Embora cada Ministro(a) possa participar do processo político nacional como parte de um colegiado, apontamos para caminhos institucionais de ação individual pelos quais esse(a) Ministro(a) pode influenciar o comportamento de atores externos ao tribunal.

Na seção 2, discutimos conceitualmente a categoria dos poderes individuais dos Ministros a partir de um marco teórico da análise institucional. Na seção 3, para ilustrar a existência e o funcionamento dessa categoria de análise, discutiremos três formas concretas de poderes individuais de que os Ministros do STF dispõem no arranjo institucional vigente no país – a antecipação de posições na imprensa, o uso de pedidos de vista de longa duração e o uso de decisões monocráticas para avançar posições jurisprudenciais. Cada um desses poderes abre aos Ministros um leque de ações que podem incentivar certos comportamentos por parte dos atores políticos e sociais externos ao tribunal. Na seção 4, apontamos e discutimos algumas implicações da existência desses poderes individuais para estudos sobre judicialização da política e comportamento judicial. Do ponto de vista descritivo, lançamos algumas hipóteses sobre os possíveis efeitos da convivência entre ações individuais e processo decisório colegiado ao longo do tempo. Do ponto de vista normativo, uma nova e problemática agenda surge quando se reconhece a possibilidade de que uma ação judicial internamente minoritária (isto é, uma ação que não expressa a preferência da maioria dos Ministros) produza resultados externamente contra-majoritários. Se, em certas condições, a força do STF pode ser mobilizada sobre a política a partir de ações puramente individuais, várias premissas que sustentam os debates nacionais sobre a legitimidade da jurisdição constitucional precisariam ser reexaminadas.

3 RIBEIRO; ARGUELHES; PEIXOTO, 2009. Uma “arena de ação” é um espaço de interação entre atores, de troca de bens e serviços, resolução de problemas e conflitos. Ver OSTROM et al., 2014.

2. Instituições, regras e arenas decisórias

Os estudos sobre “judicialização da política” no Brasil oferecem diversas evidências de que o STF se configura, em determinados casos, como uma espécie de “arena de contestação”, na qual atores políticos e sociais expressam interesses e se contrapõem a políticas públicas elaboradas e implementadas pelas diferentes esferas de governo⁴. Alguns estudos dão um passo adiante e mostram que, em alguns casos, o STF se apresenta como um verdadeiro ator do processo decisório, exercendo influência direta no resultado final da produção legislativa iniciada nos poderes Executivo e Legislativo⁵. Nessa perspectiva, o STF é incorporado no arranjo institucional da democracia brasileira em pelo menos dois níveis. Primeiro, (i) como parte do cenário institucional, o tribunal é fonte de estímulos e restrições às interações que ocorrem no processo decisório entre os diversos atores políticos e sociais; e segundo, (ii) o próprio tribunal se configura como importante ator no próprio processo político decisório. Em ambos os níveis, o debate parte de premissas típicas de abordagens institucionais que se tornaram convencionais na literatura de ciências sociais a partir dos anos 1980⁶. Afirmar que as “instituições importam” para explicar o comportamento de atores (coletivos ou individuais) significa dizer que regras vigentes configuram o processo de tomada de decisão, facilitando ou dificultando a consecução dos objetivos de tais atores⁷.

4 Ver TAYLOR, 2007; *Id.*, 2008; VIANNA et al., 1999; e *Id.*, 2007.

5 TAYLOR, 2007. Na passagem entre o reconhecimento do STF como *arena de veto* e do STF como *ator com poder de veto*, a ideia de “Supremocracia”- o crescente poder do tribunal de resolver, em última instância, conflitos políticos e morais -- talvez seja o diagnóstico mais incisivo sobre a posição do STF no processo político decisório brasileiro. Ver VIEIRA, 2008. Apesar de diagnósticos como esses, porém, parte da literatura relevante sobre o processo decisório democrático brasileiro não incorporou o tribunal em suas análises, detendo-se, exclusivamente, nas relações entre executivo e legislativo. Ver, por exemplo, FIGUEIREDO; LIMONGI, 2007; MOISÉS, 2011; e PEREIRA, 2003.

6 Ver HALL; TAYLOR, 1996.

7 WEAVER; ROCKMAN, 1993. Instituições, no caso, podem ser definidas, em um sentido amplo, como um entendimento compartilhado por atores individuais ou coletivos a respeito de regras prescritivas que organizam as interações repetitivas e estruturadas entre eles. Tanto o aparato legal elaborado e implementado por um governo como o conjunto de regras e procedimentos que organizam um estabelecimento de trabalho ou que estruturam as relações familiares, por exemplo, são consideradas como instituições. Essas regras podem ser formais ou informais e estruturam as interações de atores, sendo, também, criadas e recriadas por eles. Além disso, as regras são tanto prescritivas, na medida em que definem ações requeridas, proibidas ou permitidas, como impositivas, já que não as seguir acarreta algum tipo de sanção. Ver OSTROM, 2005.

Existem, porém, pontos de contato entre os dois níveis de análise (STF como (i) parte do cenário institucional e (ii) como ator dentro do cenário institucional). O tribunal pode ser encarado tanto como parte das *regras do jogo* que modulam o comportamento de outros atores, como quanto *ator* em si, dentro das regras do jogo existentes. O tribunal interpreta e reconfigura suas próprias competências, transformando as regras do jogo enquanto participa do próprio jogo⁸. O tribunal estrutura as relações da arena de decisão e, ao mesmo tempo, atua dentro dessa arena⁹.

Há mais pontos de contato entre os dois níveis de análise. Por si só, a entrada de um ator em uma arena decisória transforma a natureza do jogo ao alterar a dinâmica da interação entre os atores. Essa possibilidade pode ser discutida a partir do mapa conceitual denominado IAD – *Institutional Analysis and Development framework*, elaborado por Elinor Ostrom e colaboradores para sintetizar diferentes tipos de regras que estruturam as interações sociais de atores individuais e coletivos presentes das diversas esferas da vida social¹⁰. As regras vigentes condicionam fortemente o que os autores denominam “arenas de ação”. Analiticamente, as arenas de ação são formadas por atores e “situações de ação” e se constituem na unidade de análise primordial da abordagem institucional proposta¹¹. As regras

8 Ver GINSBURG, 2003. Para análises de alguns aspectos do caso brasileiro, ver ARGUELHES, 2014 e SUSSEKIND, 2014. Vale notar que, em medida menor, isso também se aplica à participação de outras instituições (Congresso, Presidência, etc.) no processo decisório. Sobre a realização de interpretação constitucional por parte dos poderes eleitos, ver, p.ex., FISHER, 1988. Para discussões no caso brasileiro, ver BRANDÃO, 2011. Mas há uma diferença qualitativa importante: enquanto, no caso brasileiro, os Ministros do STF (e a própria comunidade jurídica) estão pública e constantemente reforçando a pretensão do tribunal de dar a “última palavra” sobre a distribuição de competências feita pela Constituição, isso não ocorre no caso dos outros poderes.

9 Para além de suas decisões no exercício de controle de constitucionalidade, o STF também participa da definição de suas próprias competências e de seu papel nas hipóteses em que, pela Constituição vigente, pode encaminhar projetos de lei sobre certos temas ligados ao funcionamento do poder judiciário, por exemplo. Além disso, vários de seus Ministros se engajam com bastante regularidade na produção de textos doutrinários sobre as competências do tribunal – uma atividade que, se bem sucedida, pode contribuir para moldar a maneira pela qual o desenho constitucional do STF é interpretado na comunidade jurídica brasileira. Agradecemos a Thomaz Pereira por nos chamar a atenção para esses pontos.

10 OSTROM et al., 2014.

11 As arenas de ação são formadas, analiticamente, pela situação da ação e pelos atores. No modelo de Ostrom e seus colaboradores, a situação da ação é definida pelas seguintes regras: a) *regras de entrada e saída* em uma arena de ação; ou seja, regras que definem o conjunto de atores que podem participar da arena, assim como seus atributos e recursos; b) *regras de posição*, que definem as posições relativas de cada participante na arena; c) *regras de autoridade*, que definem os cursos de ação que os participantes devem/não devem e podem/não podem desempenhar; d) *regras que definem o escopo de ação* dos atores, ou seja, definem os “prêmios” possíveis de cada curso de ação/interação existente; e) *regras de agregação*, que delimitam o controle que cada ator pode ter sobre os cursos de ação possíveis; f) *regras de informação*; e g) *regras que definem os custos e benefícios* atribuídos a cada resultado possível.

incidem sobre os atores estabelecendo quais os cursos de ação possíveis e, quando um ator participa de uma arena decisória, ele “carrega” certas regras consigo para dentro da arena de decisão.

Essas regras estruturam não apenas as suas formas possíveis de ação naquele espaço institucional, mas também abrem novos caminhos e impõem novos limites aos outros atores¹². Os cálculos envolvidos na atuação desses atores, portanto, não ocorrem no vazio institucional; dependem das regras que estruturam a arena de decisão e que proporcionam posições, recursos e resultados variados aos seus participantes¹³. Por isso, a interação dos atores relevantes em uma arena produz todo jogo de antecipações a possíveis vetos e estratégias para superá-los. Assim, a forma específica pela qual um ator é “convidado” a integrar uma arena de decisão pode afetar suas possibilidades de atuação nessa arena. E cada arena de decisão será diferente dependendo não apenas de quais atores participam dela, mas também de *como* – isto é, em que condições institucionais – eles ingressam no processo decisório.

No caso do STF, os instrumentos através dos quais o órgão é acionado podem estruturar a arena de decisão de diferentes formas¹⁴. Os atores do processo político podem levar em conta a probabilidade de seus competidores e aliados naquela arena recorrerem a este ou àquele instrumento para provocar a entrada do STF no processo político, o que estimulará antecipações estratégicas. O fato do STF ser um ator coletivo – uma instituição judicial colegiada – acrescenta uma nova camada de complexidade às análises do processo decisório¹⁵. Pois, quando a instituição é provocada para

12 Ver NORTH, 1990; WEAVER et. al., 1993. É importante ter em mente que esse modelo é compatível com diversas suposições sobre a racionalidade (limitada ou não) dos atores.

13 Isso não significa dizer que a relação regras/arenas tem um efeito constante e linear no processo decisório, porque os atores mobilizados a atuar em uma arena formam coalizões conjunturais. Essas coalizões são facilitadas ou dificultadas pelas regras existentes, porém tais regras terão efeitos sobre a interação entre os atores, conforme as coalizões formadas para se alterar o *status quo*. Uma forma de incorporar essa dinâmica recíproca a uma abordagem institucional, centrada em arenas de decisão, é considerar a teoria de médio alcance de Tsebelis sobre veto players. Nela, o processo decisório deve ser entendido a partir do número de atores individuais ou coletivos cuja concordância é requerida para se alterar o *status quo*. Ver TSEBELIS, 2002.

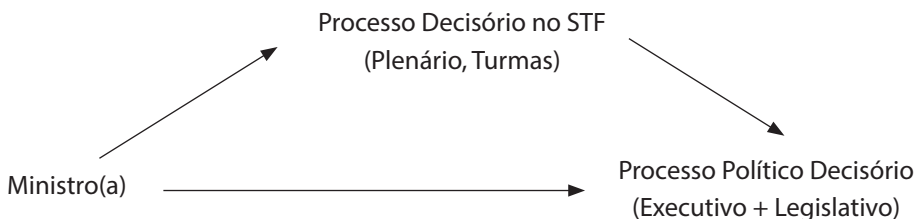
14 Em muitos casos, os Ministros decidem com aparente consciência dos diferentes efeitos e implicações de se decidir um mesmo tema em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, p.ex., em vez de no âmbito de um Recurso Extraordinário. Ver, p.ex., ARGUELHES, 2014.

15 As arenas de ação dos atores políticos são múltiplas, o que significa que tais atores podem agir em diferentes arenas ao mesmo tempo, o que, claramente, torna a análise do processo decisório mais complexa. Nesse sentido, Ostrom et al separam as regras de “efeitos constitucionais”, que definem os atores e regras que estruturam decisões fundamentais, das “regras coletivas”, as quais definem os atores e regras que operam nas decisões diárias, denominadas “regras operacionais” (OSTROM et al., 2014).

integrar (e reconfigurar) a arena decisória da política, sua participação é modulada pelo que ocorre em outra arena decisória, *interna* ao próprio STF.

Essa arena decisória interna é estruturada por regras que configuram a inserção do ator “STF” na arena de decisão externa, pois definem como posições individuais se agregam para formar a posição final à qual o tribunal *como instituição* agregará sua força. Por exemplo, quando o governo procurar calcular e se antecipar à intervenção do STF em uma disputa política, esse cálculo pode ser afetado por variáveis como (i) quem é o Presidente do tribunal e (ii) quais as preferências reveladas ou esperadas daquela composição da corte, entre outras¹⁶. A decisão do tribunal será formada a partir das ações e interações entre os onze Ministros, reguladas pelo processo decisório interno. Mais ainda, tendo em vista a possibilidade de que os próprios Ministros se comportem estrategicamente nesse processo decisório interno, é perfeitamente possível que a decisão resultante não seja uma expressão perfeita da simples soma das preferências individuais sinceras dos membros da Corte.

Em síntese, “a” ação do STF no processo político decisório é condicionada inicialmente pelas regras do seu processo decisório interno. Esse processo interno ao tribunal é importante para se entender os efeitos que tal ator pode exercer “para fora”, ou interagir com outros atores em outras arenas de decisão. Essas constatações, porém, deixam em aberto um *front* ainda inexplorado e que procuramos mapear de forma preliminar neste trabalho. Pelo desenho institucional do STF, existem maneiras pelas quais os Ministros podem participar e influenciar o processo decisório político *sem passar necessariamente pelo processo decisório interno do tribunal*. Isso pode ser representado graficamente da seguinte forma:



16 Dentro do marco institucional vigente, o Presidente do tribunal tem claros poderes individuais que podem ser decisivos. Por exemplo, a concessão de liminares durante recessos do tribunal e o poder de definir a pauta do tribunal. Em contraste com os poderes que discutiremos neste artigo, porém, estão formalmente previstos no Regimento Interno da corte e se ligam especificamente à Presidência.

O marco teórico proposto pela abordagem institucional permite que se pense as regras que estruturam cada arena decisória a partir dos atores que participam dessas arenas. No caso do STF, o poder judicial pode ser exercido não apenas pela instituição como ator coletivo, mas também por cada um de seus Ministros individualmente, dentro de certas condições e segundo regras e limites específicos. Ou seja, há duas maneiras não-excludentes pelas quais Ministros do STF podem influenciar a formulação de políticas públicas: (1) podem ingressar na arena decisória do processo judicial interno ao STF, no qual cada Ministro tem determinados poderes e limites para influenciar a decisão judicial final, que, por sua vez, impactará o processo político mais amplo; (2) podem participar diretamente do processo político decisório mais amplo, passando ao largo da instituição judicial como arena decisória e produzindo ou tentando produzir efeitos diretos sobre a formulação de políticas públicas.

Nos termos das regras oficiais vigentes, deveria haver reduzidas oportunidades para que a ação de um(a) Ministro(a) seja suficiente para produzir efeitos no mundo externo ao tribunal. Formalmente, o poder individual mais explícito que o desenho do STF reconhece a seus Ministros talvez seja o de decidir monocraticamente pela concessão de liminares¹⁷. Mesmo assim, essa é uma decisão precária, que pode ser revista a qualquer tempo pelo Plenário. Mas essas regras formais são insuficientes para explicar o comportamento do STF e a atuação dos seus ministros no Brasil de hoje. O comportamento estratégico de um determinado ator relevante – no caso, o Congresso ou o Presidente – pode se orientar, também, por ações que, embora não necessariamente formalizadas em termos de regras escritas, podem servir como sinalizações de futuras decisões e fornecer *inputs* para antecipações estratégicas por parte de atores políticos externos ao STF.

Para que sejam relevantes na análise do papel do STF, essas ações individuais precisam ser (a) realizadas com certa frequência (o que sugere que, ao recorrerem a elas, os Ministros não estão incorrendo em nenhum custo extraordinário em termos de reputação); e (b) qualitativamente relevantes,

17 No geral, as questões que os Ministros podem decidir monocraticamente estão reguladas em vários incisos e parágrafos do artigo 21 do Regimento Interno do STF. Além da concessão imediata de liminares, sujeita a posterior confirmação pelo Plenário (art. 21, V), vale destacar o poder de “negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal” ou não conhecer desses pedidos ou recursos “em caso de incompetência manifesta” (art. 21, §1º do Regimento Interno).

ou seja, possam ser condições suficientes para influenciar o comportamento de outros atores ou o resultado final de uma decisão no processo político decisório. Nessa perspectiva, surge uma nova agenda de pesquisa: quais são as possibilidades de ação *individual* aberta aos Ministros do STF e que, correspondentes ou não a regras legais ou regimentais explícitas, sejam suficientes para estimular ou desestimular certos comportamentos por parte dos atores políticos externos ao tribunal, *mesmo na ausência de decisões oriundas do tribunal como arena decisória colegiada?*

3. Poderes individuais dos Ministros para influenciar o processo político: três exemplos

Na seção anterior, a partir do marco teórico proposto pela análise institucional, levantamos a possibilidade de, no Brasil de hoje, o processo político ser afetado pela atuação do STF de acordo com duas configurações diferentes. Primeiro, o poder judicial sobre a política se manifestar por meio de ações institucionais, resultantes de um processo decisório interno colegiado, por meio do qual se agregam votos dos Ministros, produzindo uma decisão final. A segunda possibilidade é a de que os Ministros possam se apropriar individualmente do poder judicial e exercê-lo sobre o processo político decisório sem mediação pela arena decisória interna do STF¹⁸. Cada um desses caminhos reconstituirá o processo político mais amplo como arenas decisórias distintas, com atores e regras distintos. Para que o segundo caminho seja possível, porém, é preciso mostrar quais seriam os recursos individuais disponíveis aos Ministros do STF para exercer individualmente o poder da instituição. Sustentamos que esses poderes não precisam ser formalizados na legislação ou no regimento interno do tribunal, desde que sejam exercidos com relativa frequência e que o seu exercício seja condição suficiente para produzir incentivos e desincentivos a certos comportamentos por parte dos atores políticos¹⁹. Nesta seção, discutire-

18 Isso não é incompatível com reconhecer que, mesmo no caso dessas participações individuais não-mediadas, a ação individual só tem impacto no mundo fora do tribunal porque o Ministro em questão é percebido como parte da instituição STF. Por exemplo, é possível que haja efeitos de ações individuais porque, em última instância, os atores externos do tribunal interpretam essas ações como um indicador possível da direção que o STF tomaria caso viesse a se pronunciar sobre o tema.

19 De acordo com Helmke e Levitsky (2004), a diferença entre a formalidade e a informalidade das instituições consiste no fato de que estas geralmente não são escritas - não são oficialmente regulamentadas - e são criadas, comunicadas e impostas de fora dos canais institucionais oficialmente existentes. Ver seção 4, *infra*.

mos três possíveis exemplos de poderes individuais dos Ministros do STF que parecem preencher esses requisitos²⁰.

3.1. Antecipação de posições na imprensa

O primeiro desses poderes está na possibilidade de os membros do tribunal manifestarem, na imprensa, suas posições e preferências sobre temas da pauta judicial e política que consideram importantes. Os Ministros têm o poder de sinalizar para a sociedade, para os outros poderes e até para seus colegas quais seriam suas decisões sobre temas que poderão entrar na pauta no tribunal. No STF, esse ainda é um poder “informal”, pois o seu estatuto jurídico – e, com isso, o seu alcance e os seus limites – não está claramente definido. Na verdade, o que há de mais próximo na legislação parece apontar para vedações a esse tipo de manifestação pública sobre temas pendentes de decisão judicial. Isso porque, no Brasil, os magistrados estão sujeitos a algumas restrições ligadas ao exercício da função judicial, dispostas Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), de 1979:

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.

Pela LOMAN, juízes brasileiros não podem expressar opinião (favorável ou crítica) sobre processos que ainda estejam em curso no âmbito do poder judiciário. Mas, com frequência, os Ministros do STF fazem exatamente isso. Até hoje, a aplicabilidade do artigo 36 aos Ministros do

20 Cada um dos mecanismos descritos a seguir seja primariamente exemplificado com base na atuação de um Ministro. Isso se deve ao fato de que essas foram as instancias mais claras que encontramos de cada mecanismo em ação. No entanto, a predominância individual deste ou daquele Ministro na construção dos exemplos não deve ofuscar o ponto mais geral: estes são poderes que já estão à disposição de Ministros que desejem utilizá-los, e os exemplos mostram que sua utilização não parece estar associada a um custo alto para quem os utiliza. Nosso objetivo não é enfatizar condutas individuais supostamente desviantes, mas, ao contrario, descrever poderes que, do ponto de vista da pratica institucional, podem ser empregados de forma aparentemente livre por quaisquer Ministros. Futuros estudos mais sistemáticos desses poderes podem inclusive encontrar grande variação, no comportamento e na atitude dos Ministros, com relação a se e como utilizar tais poderes.

STF não foi enfrentada de forma direta e sistemática no direito brasileiro²¹. Mas, apesar da questão jurídica de fundo continuar em aberto, na prática é difícil observar limites para essas manifestações dos Ministros – inclusive quando se trata de processos pendentes de julgamento.

Por exemplo, na Ação Penal n.º 470 (o caso do “Mensalão”), Ministro Marco Aurélio recorreu algumas vezes à imprensa para manifestar suas preferências sobre como outros Ministros do STF deveriam se comportar em questões ainda pendentes de apreciação definitiva pelo tribunal. Antes mesmo do início do julgamento, o Ministro deu entrevista para o Jornal Nacional observando que era “delicada” a situação de seu colega, Ministro Dias Toffoli, que ainda não tinha deixado claro se se declararia ou não suspeito para julgar certos réus da Ação Penal n.º 470²². Permanecendo no julgamento, o Ministro Toffoli estaria “constrangendo” a Corte, segundo Ministro Marco Aurélio²³. E, reconhecendo que poderia ter que decidir essa questão nas semanas seguintes, o Ministro observou: “Não gostaria de enfrentar a matéria, mas, se tiver que enfrentar, vou atuar e atuar segundo o convencimento formado»²⁴. Ou seja: na entrevista, o Ministro Marco Aurélio (a) reconheceu que poderia vir a decidir aquela questão no âmbito da AP n.º 470, mas, ao mesmo tempo, (b) manifestou publicamente uma

21 Em pelo menos um caso em que foi diretamente levantada, essa questão deu lugar a discussões sobre quem teria competência institucional para *aplicar* a LOMAN a um Ministro do STF a título de sanção por violação de deveres funcionais. Em 2008, por exemplo, o Partido dos Trabalhadores (PT) iniciou junto ao Conselho Nacional de Justiça uma representação contra o Ministro Marco Aurélio, do STF, por declarações à imprensa que teriam colocado em dúvida a constitucionalidade de um recém-criado programa do governo federal. A discussão da aplicabilidade da LOMAN, porém, ficou prejudicada porque, ao decidir a ADIn n.º 3.367, em 2005, o STF já havia estabelecido que o CNJ não teria “nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus Ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário Nacional, a que aquele está sujeito”. Ver mais detalhes em: <http://www.conjur.com.br/2008-mar-15/cnj_arquivar_reclamacao_pt_marco_aurelio>, acesso em 14 de junho de 2014.

22 As especulações quanto ao impedimento ou suspeição do Ministro Dias Toffoli se deviam ao fato de que ele havia sido assessor jurídico da Casa Civil entre 2003 e 2005, respondendo ao então Ministro José Dirceu, um dos réus da Ação Penal 470. Além disso, sua namorada havia sido advogada para alguns réus dessa mesma ação. Ver reportagem “Com apoio de Lula e aval de colegas do STF, Toffoli vai julgar o Mensalão”, *Estado de São Paulo*, 30 de julho de 2012, disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,com-apoio-de-lula-e-aval-de-colegas-do-stf-toffoli-vai-julgar-mensalao,908274>>, acesso em 25 de outubro de 2014.

23 “Marco Aurélio diz que Toffoli poderá constranger a Corte”, *Estado de São Paulo*, 2 de agosto de 2012, disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,marco-aurelio-diz-que-toffoli-podera-constranger-corte-imp-909588>>, acesso em 20 de outubro de 2014.

24 “Marco Aurélio Mello classifica como delicada a situação do colega Toffoli”, *GI*, 1º de agosto de 2012, disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/08/marco-aurelio-mello-classifica-como-delicada-situacao-do-colega-toffoli.html>>, acesso em 16 de outubro de 2014.

preferência – no caso, a de que o próprio Ministro Toffoli declarasse sua suspeição de ofício.

No mesmo julgamento, em setembro de 2013, o tribunal se reuniu para discutir a admissibilidade de embargos infringentes em ação penal originária. A sessão do dia 12 de setembro, uma quinta-feira, terminou com o placar em 5x5 e, portanto, com a admissibilidade dos embargos ainda em aberto²⁵. O voto de desempate do decano da Corte, Ministro Celso de Mello, ficou para a sessão de quarta-feira da semana seguinte. Esse período até o desempate foi um dos momentos de maior destaque do julgamento na mídia. Foram muitos os editoriais, reportagens e artigos de opinião publicados defendendo ambos os lados da questão. Entre essas manifestações, o Ministro Marco Aurélio deu uma entrevista para o jornal “O Globo” fazendo previsões sobre as consequências negativas de uma eventual decisão favorável aos embargos por parte do Ministro Celso de Mello:

O senhor acredita que a credibilidade do STF será afetada se os embargos infringentes forem aceitos?

É uma responsabilidade enorme para o ministro Celso de Mello. É uma matéria que eu não tenho dúvida sobre a revogação do Regimento Interno. Mas, pelo visto, como tem cinco votos a cinco, é uma matéria polêmica. O tribunal, em termos de perda de credibilidade, está à beira do precipício. Para citar John Steinbeck (autor americano), quando uma luz se apaga, fica muito mais escuro do que se nunca tivesse brilhado. A sociedade começou a acreditar no STF e agora, com essa virada no horizonte de se rejulgar, há decepção.

O senhor teme que as pessoas tomem as ruas para protestar contra o tribunal?

As pessoas podem ficar decepcionadas, e isso pode levar a atos. A sociedade pode se manifestar, porque mostrou que não está apática. A manifestação pacífica é bem-vinda, é inerente à cidadania.

25 Vale notar que, semanas antes dessa sessão, em entrevista à *Folha de São Paulo*, o Ministro Gilmar Mendes já havia se manifestado de forma contrária à admissibilidade dos embargos infringentes. Ver reportagem “Reforma Política via Plebiscito é Temerária, diz Gilmar Mendes”, *Folha de São Paulo*, 1º de julho de 2013, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/07/1303469-reforma-politica-via-plebiscito-e-temeraria-diz-gilmar-mendes.shtml>>, acesso em 3/11/2014.

Um novo julgamento de réus do mensalão pode gerar sentimento de impunidade na sociedade?

A leitura que o leigo faz é péssima, de que realmente o forno está aceso²⁶.

Além da entrevista, o Ministro expressou suas preferências em artigo de opinião, no jornal “O Globo”, publicado na manhã do dia em que o Min. Celso de Mello daria o seu voto de desempate²⁷. Assim, em um processo ainda pendente de julgamento, um Ministro do STF por diversas vezes e de diversas maneiras manifestou sua opinião sobre como um colega que ainda não tinha votado deveria votar. Após o desempate da questão, o próprio Ministro Celso de Mello também recorreu à imprensa para criticar a pressão midiática que teria sofrido por conta da questão dos embargos infringentes²⁸. É inegável que seu colega de tribunal, Ministro Marco Aurélio, fez parte desse conjunto de vozes que, na imprensa, cobravam um voto de minerva contrário aos infringentes.

Discutir se a possibilidade de os Ministros do STF anteciparem suas posições na imprensa é ou não compatível com a legislação vigente está além dos objetivos desse trabalho. Para os fins do nosso argumento, o importante é que, hoje, essa prática não parece encontrar limites visíveis, o que aumenta o poder individual de um Ministro do STF em relação a seus colegas e a outras instituições²⁹. Em um ambiente de interações estratégi-

26 Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/marco-aurelio-mello-credibilidade-do-stf-esta-beira-do-precipicio-9966500>>, acesso dia 16 de outubro de 2014. Vale notar que, na véspera dos primeiros votos sobre o tema começarem a ser anunciados no STF, o Ministro Marco Aurélio havia concedido entrevista para a Rádio Estadão na qual adiantava seu voto e fazia previsões sobre como seus colegas votariam – já inclusive sinalizando para um placar de 5x5, cabendo ao decano Celso de Mello o desempate. Ver em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/stf-deve-admitir-embargos-infringentes-diz-marco-aurelio-mello-9928031>>, acesso dia 16 de outubro de 2014.

27 Marco Aurélio Mello, “O Supremo e os Embargos Infringentes”, *O Globo*, 18 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniaao/o-supremo-os-embargos-infringentes-10009137>>, acesso dia 30 de setembro de 2014.

28 Ver a coluna de Monica Bergamo na *Folha de São Paulo* do dia 26 de setembro de 2013, “Nunca a mídia foi tão ostensiva para subjugar um juiz, diz Celso de Mello”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2013/09/1347507-nunca-a-midia-foi-tao-ostensiva-para-subjugar-um-juiz-diz-ministro-celso-de-mello.shtml>>, acesso dia 28 de setembro de 2014.

29 Curiosamente, durante suas sabbatinas no Senado, quando estão na posição de indicados ao STF, é comum que os futuros Ministros expressem uma concepção bastante rígida e exigente dos limites que a função judicial impõe à sua liberdade de manifestar opiniões. Em várias das sabbatinas nos últimos anos, os(as) indicados(as) se recusaram a explicitar suas posições sobre algumas das perguntas feitas pelos Senadores sob o argumento de que, quando se tornassem Ministros, poderiam ter que decidir aquelas mesmas questões. Há aqui uma espécie de inversão: os limites das manifestações públicas dos *indicados* ao STF, que

cas entre diversos atores políticos, a oportunidade de fazer publicamente esse tipo de ameaça crível já pode ser, por si só, o exercício de poder sobre terceiros. Quando Ministros anunciam sua posição na imprensa, dão a outros atores informações sobre as consequências possíveis de decisões que esses atores precisam tomar no presente. Com isso, a antecipação pública da provável decisão futura pode servir de incentivo para que outros atores ajustem estrategicamente o seu comportamento de modo a evitar uma decisão inconveniente já anunciada pelos Ministros.

As reações públicas dos Ministros à polêmica Proposta de Emenda à Constituição n.º 33/2011 ilustram de que forma a antecipação de decisões futuras pode ser uma forma de exercer poder sobre atores externos ao tribunal. A PEC inclui três propostas de mudanças drásticas nas competências e no processo decisório do STF: (a) declarações de inconstitucionalidade exigiriam quórum de 4/5, e não mais maioria absoluta; (b) súmulas vinculantes só passariam a ser vinculantes após aprovação tácita ou expressa pelo Congresso; (c) decisões do STF declarando a inconstitucionalidade de emendas à Constituição por violação de cláusulas pétreas poderiam ser submetidas a aprovação popular, mediante consulta provocada pelo Congresso. Independentemente do mérito das mudanças, a aprovação dessa PEC limitaria de forma significativa o poder do STF. As reações dos Ministros do STF à tramitação da PEC foram bastante intensas. Em alguns casos, mais do que criticar a PEC, os Ministros chegaram inclusive a anunciar, desde já, que, caso a PEC fosse aprovada e sua constitucionalidade fosse discutida no STF, votariam pela inconstitucionalidade. Foi o caso do Ministro Gilmar Mendes:

Não há nenhuma dúvida, [a proposta] é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles [Legislativo] rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada, é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal³⁰

ainda não são Ministros e estão precisamente em uma situação de escrutínio perante os poderes de estado, são *mais rígidos* do que os limites aplicáveis aos Ministros já confirmados no cargo. Agradecemos a Pedro Abramovay por essa observação.

30 Ver reportagem de Diego Abreu, “Se a PEC for aprovada, é melhor que se feche o Supremo, diz Gilmar Mendes”, *Correio Braziliense*, 25 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica-brasil-economia/33,65,33,14/2013/04/25/interna_politica,362589/se-a-pec-for-aprovada-e-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.shtml>, acesso dia 30 de setembro de 2014.

Outros Ministros, como Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, também se manifestaram publicamente contra a PEC 33/2011³¹. O Ministro Marco Aurélio, em particular, observou de forma direta que, se aprovada, a PEC violaria a cláusula pétrea da separação de poderes e, portanto, deveria ser considerada inconstitucional. Mas ao menos um Ministro, Ricardo Lewandowski, recusou-se expressamente a fazer uma análise do mérito jurídico da proposta, reconhecendo a possibilidade de a questão ser objeto de julgamentos futuros no STF³². Mas a própria variação de atitudes sugere a existência de um poder individual de manifestação pública, cabendo a cada Ministro escolher, sem restrições jurídicas perceptíveis, se e como utilizará esse poder.

Quando Ministros podem vir a público anunciar suas preferências (sinceramente ou não), estão fornecendo aos outros atores políticos (e a seus colegas no tribunal) uma informação. Estão sinalizando posições futuras. Partindo da premissa de que atores racionais vão agir estrategicamente, segue-se que essas informações podem levar outros atores a antecipar a posição do Ministro e agir de forma a não provocar uma reação que considerariam prejudicial aos seus interesses. No caso da PEC 33/2011, quando vários Ministros revelam de forma inequívoca suas restrições à proposta, afirmando inclusive sua inconstitucionalidade, é difícil negar que essa informação não será levada em conta por atores políticos preocupados com as consequências de suas decisões no cenário maior das relações entre os poderes. Criticar um projeto de lei ou emenda à constituição na imprensa é, portanto, desencorajar sua aprovação³³.

31 Ver reportagem “Ministros criticam PEC que autoriza Legislativo a vetar decisões do STF”, *G1*, 24 de abril de 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/ministros-criticam-pec-que-autoriza-legislativo-vetar-decisoes-do-stf.html>>, acesso dia 30 de setembro de 2014.

32 No exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, o ministro Ricardo Lewandowski preferiu não emitir qualquer juízo de valor sobre a proposta. Ele observou que a PEC ainda será submetida à análise do plenário da Câmara e, depois, do Senado. “O Congresso Nacional, então, se pronunciará dentro da soberania que a Constituição lhe garante. E quando for o caso, e se for o caso, o Supremo examinará a constitucionalidade dessa decisão”. Lewandowski não quis tecer considerações sobre os motivos que levaram à elaboração da proposta: “Não me manifesto sobre as motivações do Congresso Nacional para elaborar suas leis e suas emendas à Constituição”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/ministros-criticam-pec-submete-decisoes-stf-congresso>>, acesso dia 30 de setembro de 2014.

33 Outros exemplos além da PEC n.º 33/2011. Quando a Presidenta Dilma Rousseff lançou pela primeira vez em discurso a ideia da reforma política via constituinte exclusiva, Ministros do STF se manifestaram sobre a questão. Em especial, os Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes apresentaram visões distintas (reconhecimento cauteloso e rejeição frontal, respectivamente) sobre a constitucionalidade de se reformar a constituição por esse tipo de mecanismo. Para uma análise dessas manifestações, ver PEREIRA, 2013. Outro

3.2. Pedidos de vista como controle individual da agenda

Em dezembro de 2013, o STF começou o julgamento da ADIn n.º 4.650, proposta pelo Conselho Federal da OAB, em que se discutia a constitucionalidade de dispositivos das Leis n.º 9.096/95 e n.º 9.504/97 referentes ao financiamento eleitoral e de partidos políticos. Mais especificamente, a principal controvérsia envolvida dizia respeito à possibilidade, nos termos da constituição, de o legislador autorizar pessoas jurídicas a fazerem doações para partidos políticos em campanha eleitoral. Na primeira sessão, os Ministros Fux (relator), Barroso, Toffoli e Barbosa votaram pela inconstitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por empresas. Após um pedido de vista do Ministro Zavascki, o julgamento foi retomado em 02 de abril de 2014, quando, além de Zavascki, que divergiu de seus colegas, votaram também os Ministros Marco Aurélio e Lewandowski. Com isso, apesar de nuances e diferenças nas posições dos Ministros, já se formou uma maioria de votos (seis votos, contra um do Min. Zavascki) reconhecendo ao menos em parte a procedência do pedido formulado pela OAB e restringindo o financiamento eleitoral por empresas.

Apesar da maioria formada, ainda não houve decisão. O julgamento foi novamente suspenso por um pedido de vista, agora do Ministro Gilmar Mendes. E, como o próprio Ministro reconheceu em entrevistas na imprensa sobre seu pedido de vista, não há data certa para que o processo seja devolvido ao plenário para que o julgamento continue³⁴. O julgamento suspenso da ADIn 4650 ilustra bem o que o pedido de vista representa na prática para um Ministro do STF: um poder de unilateralmente remover, da agenda da corte, um julgamento já iniciado. Os contornos e limites exatos deste poder ainda não foram objeto de estudo sistemático na literatura. Mas, como veremos a seguir, recentes estudos empíricos sugerem que,

exemplo pode ser encontrado nas manifestações do Ministro Gilmar Mendes sobre a constitucionalidade da cláusula de barreira. Ao ser questionado por repórter da *Folha de São Paulo* sobre a possibilidade de a composição atual do STF “uma nova cláusula de desempenho para partidos políticos por meio de lei”, o Ministro afirmou: “Tenho certeza de que sim” (“Reforma Política via Plebiscito é Temerária, diz Gilmar Mendes”, *Folha de São Paulo*, 1º de julho de 2013, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/07/1303469-reforma-politica-via-plebiscito-e-emeraria-diz-gilmar-mendes.shtml>>, Acesso em 3 de novembro de 2014).

34 Ver reportagem “Gilmar Mendes quer debate sobre financiamento de campanha no 2º semestre”, *O Globo*, 20 de maio de 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-quer-debate-sobre-financiamento-de-campanhas-no-2-semester-12541521>>, acesso dia 03 de outubro de 2014.

quaisquer que sejam os limites do pedido de vista, eles certamente não coincidem com o que está disposto no Regimento Interno do tribunal³⁵.

Há poucos trabalhos sobre pedidos de vista no âmbito da comunidade jurídica brasileira. De modo geral, os poucos trabalhos existentes apontam na mesma direção. Descrevem e justificam o pedido de vista como uma prerrogativa colocada à disposição de juízes em órgãos colegiados para garantir que não serão forçados a decidir um caso com o qual não se sintam suficientemente familiarizados, ou em relação ao qual necessitem de mais tempo de reflexão³⁶. No processo judicial colegiado típico no Brasil, especialmente quando se leva em conta o grande volume de casos submetidos aos órgãos judiciais de segunda instância e tribunais superiores, não é raro que os colegas do relator tomem conhecimento dos fatos e problemas do caso pela primeira vez na sessão em que o relator já anuncia seu voto³⁷. Nesse cenário, faz sentido que os membros do colegiado possam solicitar tempo para estudarem o caso em seus gabinetes, caso não se sintam perfeitamente confortáveis ou satisfeitos com o que foi apresentado pelo relator.

Essa descrição bastante convencional dos pedidos de vista supõe que eles estão sujeitos a certas limitações no tempo. Ao menos oficialmente, essas limitações existem. Nos termos do Regimento Interno do STF, os pedidos de vista sempre foram sujeitos a um prazo certo e, embora a regra tenha sofrido muitas alterações desde 1988, esse prazo nunca foi superior a 30 dias³⁸. O Regimento Interno, porém, não dá conta de como funcionam os pedidos de vista na prática. É o que indica o Relatório “O Supremo e o Tempo”, elaborado a partir do banco de dados do projeto *Supremo em Números* na FGV Direito Rio³⁹. De outubro de 1988 a dezembro de 2013, houve 2.987 pedidos de vista no STF, relativos a 2.226 processos⁴⁰. Os

35 Ver FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014; ARGUELHES; HARTMANN, 2014.

36 Para uma revisão da literatura nesse sentido, ver ARGUELHES; HARTMANN, 2014. Para uma análise empírica pioneira, ainda que de escopo restrito, ver PEREIRA, 2010.

37 SILVA, 2013.

38 ARGUELHES; HARTMANN, 2014.

39 Ver FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014.

40 Levando-se em conta apenas os processos já tramitando no plenário ou nas turmas (isto é, processos nos quais existiria a possibilidade de um pedido de vista ocorrer), isso significa que as vistas abrangem apenas 2.2% dos casos do tribunal. Trata-se, portanto, de prática bastante seletiva. FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014.

autores do estudo observam que, desse conjunto de pedidos, 124 ainda não tinham sido devolvidos até 31 de dezembro de 2013. Dentre os já devolvidos, a duração média era de 349 dias, e apenas cerca de 20% ficaram dentro do prazo regimental. Dentre os não-devolvidos, apenas 5.3% ficaram dentro do prazo, sendo a média nesse caso de 1095 dias. Nos dois grupos de casos, devolvidos e ainda em andamento, é possível encontrar dezenas de processos que ficaram “em vista” por milhares de dias, quase chegando, portanto, a uma década de duração.

Esses resultados não indicam que os pedidos de vista *sempre* ou *apenas* são utilizados para remover indefinidamente da agenda processos que já estão em julgamento. Mas mostram que não há limites institucionais claros à duração da vista. O Regimento Interno é irrelevante; um pedido de vista que respeite os prazos regimentais é um evento raro⁴¹. Na ausência de qualquer controle institucional interno sobre os pedidos de vista, o uso desse mecanismo fica sujeito à discricionariedade de cada Ministro. Nesse sentido, nos termos deste trabalho, a configuração do pedido de vista na prática do STF é a de um poder individual informal. Mais ainda, como notam os autores de recente estudo sobre pedidos de vista utilizando os dados do *Supremo em Números*, não há correlação entre (i) carga de trabalho do tribunal ou de cada Ministro e a eficiência/velocidade de cada gabinete/Ministro, de um lado, e (ii) quantidade/duração de pedidos de vista, de outro⁴². Ou seja: não apenas há grande variação individual sobre quando pedir (e concluir) a vista, mas essa variação não pode ser explicada só em função da carga de trabalho distribuída a cada Ministro.

Tudo isso reforça a caracterização do pedido de vista como um poder individual de vetar a manifestação do tribunal sobre um determinado tema, por quaisquer razões. Às vezes, um Ministro pode pedir vista para de fato estudar o processo por algumas semanas e devolvê-lo então para julgamento. Mas o mesmo Ministro pode também pedir vista e aguardar um momento mais propício para o julgamento, sem qualquer relação com sua percepção de que precisa estudar melhor o caso. A vista é um terreno de extrema individualidade. Se há limites à decisão individual de quando devolver o processo, esses limites são informais, e ainda não foram

41 ARGUELHES; HARTMANN, 2014.

42 *Ibid.*

sistematicamente mapeados ou explicados⁴³. Os dados existentes, porém, sugerem que os Ministros variam muito no uso que fazem da vista – e não estão sujeitos a nenhum limite significativo caso desejem manter um caso fora do plenário ou das turmas por muitos anos⁴⁴.

3.3. Decisões monocráticas e “jurisprudência pessoal”

Um terceiro exemplo de poder individual dos Ministros para influenciar diretamente o comportamento de atores externos ao tribunal está nas decisões monocráticas. Mais especificamente, as decisões monocráticas cumprem esse papel quando usadas para promover visões individuais como se fossem visões coletivas – a “jurisprudência” ou os “precedentes” – da instituição. A princípio, é difícil imaginar que decisões monocráticas possam representar oportunidades de exercício individual de poder. O Regimento Interno do STF prevê situações nas quais os Ministros, na condição de relatores de processos, podem decidir certas questões individualmente, fora do Plenário ou das turmas. De modo geral, porém, mesmo nas hipóteses mais relevantes, essas decisões monocráticas são autorizadas quando (a) refletem a mera reiteração, em um caso novo, de entendimentos e interpretações já consolidados na jurisprudência do tribunal; (b) a petição apresenta problemas processuais que impossibilitam qualquer decisão judicial sobre o mérito; (c) quando o Ministro pode até formar seu juízo de forma independente, em caso de urgência, mas deve levar a medida para apreciação posterior do Plenário ou da respectiva Câmara⁴⁵. Na segunda hipótese, não há sequer questão passível de ser apreciada pelo resto do tribunal; na terceira e na primeira, por outro lado, temos uma decisão individual que se autoriza à sombra da manifestação colegiada – ou o Ministro está aplicando entendimento colegiado anterior, ou decide individualmente já esperando decisão colegiada no futuro próximo que convirja com o seu juízo de agora.

43 ARGUELHES; HARTMANN, 2014.

44 Segundo dados do estudo de Falcão, Hartmann & Chaves (2014), a lista dos dez pedidos de vista mais longos inclui casos que vão de 12 a 20 anos de duração combinada de vistas individuais.

45 Há hipóteses distintas, como, por exemplo, decisão sobre intervenção de terceiros e *amici curiae*, em que o relator decide sozinho sem possibilidade de recurso para o plenário ou para as turmas. Todos esses casos estão regulados nos incisos e parágrafos do artigo 21 do Regimento Interno do STF.

Nenhuma dessas hipóteses parece abrir qualquer oportunidade de exercício de poder *individual* relevante e independente do plenário. Mas há usos estratégicos possíveis para decisões monocráticas. Podem ajudar cada Ministro a fazer avançar sua própria agenda jurisprudencial, com efeitos inclusive fora do tribunal, mesmo sem submeter essas posições ao crivo do processo colegiado, refletindo assim um exercício individual de poder. Isso ocorre, sobretudo, nas hipóteses (a) e (b), acima, sendo o mecanismo bastante simples: em casos em que não há *nada* sendo objetivamente decidido, o Ministro faz uso de sua liberdade para construir a fundamentação da decisão como quiser visando (i) anunciar teses jurídicas potencialmente controvertidas e (ii) tratar teses já anunciadas em decisões monocráticas passadas como “jurisprudência” ou “precedente” do STF. Tudo isso sem qualquer tipo de mediação pelo processo decisório colegiado, no qual, apesar da liberdade para redigir seu voto como quiser, o Ministro poderia ao menos ser criticado diretamente por seus colegas ao apresentar seus argumentos e razões na sessão.

Antes de discutir exemplos desse uso de decisões monocráticas, é preciso esclarecer três premissas sobre como diferentes atores se relacionam com argumentos baseados em precedentes e jurisprudência no direito brasileiro. Primeiro, na fundamentação de seus votos escritos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal anunciam teses jurídicas que sinalizam posições do tribunal em casos futuros. Mesmo considerando que o STF não opera formalmente dentro de um sistema de *stare decisis* (isto é, um sistema no qual o tribunal se considera formalmente sob a obrigação de seguir suas próprias decisões passadas), a fundamentação dos votos pode sinalizar comportamentos futuros⁴⁶. Ainda que juízes de tribunais superiores não

46 Sobre o tema, SCHAUER, 1987 e *Id.*, 2009. Vale notar que, em alguns casos, o próprio STF já reconheceu essa influência prospectiva da redação dos votos. Foi o que ocorreu, por exemplo, no caso da ADI n.º 4.029 (Caso “Instituto Chico Mendes”), julgada em 7-8 de março de 2012. Em uma primeira decisão, uma maioria de Ministros do tribunal considerou inconstitucional uma medida provisória que não havia recebido o parecer da comissão mista de senadores e deputados estabelecida no artigo 62, 89º da Constituição. Entretanto, os Ministros voltaram atrás no dia seguinte, após terem ficado claras as implicações jurídicas dessa tese em casos futuros. Segundo estudo da Câmara dos Deputados, 560 medidas provisórias haviam sido editadas desde 2001 (quando o artigo 62 passou a exigir a manifestação da comissão mista) sem que tivessem sido submetidas ao trâmite exigido pelo STF na decisão da ADI 4029. Diante dessa inconstitucionalidade por implicação, os Ministros precisaram rever a decisão e determinar, explicitamente, que esse argumento só valeria dali em diante. Ver reportagem de Carolina Brígido e Catarina Alencastro, “STF anula decisão sobre ilegalidade do Instituto Chico Mendes”, *O Globo*, 8 de março de 2012. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/brasil/stf-anula-decisao-sobre-ilegalidade-do-instituto-chico-mendes-4261914>>, acesso dia 03 de outubro de 2014. Vale notar que, no caso, não se trata de mera modulação de efeitos da decisão

se sintam *obrigados* a seguir o que escreveram em decisões anteriores, eles podem reconhecer que tudo que escrevem nos votos é fonte potencial de argumentos em casos futuros⁴⁷.

A segunda premissa é a de que tanto a ideia de “precedente”, quanto a de “jurisprudência” são comparáveis, ainda que não sejam a mesma coisa, como fontes de argumentos *baseados no passado*: chamar a atenção, em um voto judicial no STF, tanto para a “jurisprudência” ou para um “precedente” significa acrescentar uma nova camada de força à linha de argumentação⁴⁸. Apesar das importantes diferenças conceituais e práticas entre as duas ideias, há um terreno em comum em termos de estratégia argumentativa. Falar em “jurisprudência” ou em “precedentes” significa dizer que casos semelhantes ao caso atual foram decididos de determinada maneira no passado e, por considerações de estabilidade e justiça, o caso atual deve ser decidido no mesmo sentido⁴⁹.

A terceira premissa diz respeito aos fatores institucionais que configuram a liberdade individual dos Ministros para escolher o que incluir na redação de seus votos. Como visto acima, o espaço que as palavras ocupam nos votos escritos no STF é precioso, pois é uma oportunidade de participar da construção judicial do direito em casos futuros. Entretanto, embora cada Ministro possa escolher o que colocará em seu voto, a efetiva influência desse voto sobre decisões futuras é condicionado por uma série

sobre o instituto *Chico Mendes*, que já tinha sido efetuada na primeira decisão. A questão era de esclarecer as implicações, para casos futuros sobre medidas provisórias já existentes, dos argumentos utilizados pelos Ministros para declararem a inconstitucionalidade (ainda que com modulação de efeitos) da MP questionada na ADIn.

47 SCHAUER, 2009.

48 É verdade que, segundo uma interpretação técnica, “jurisprudência” e “precedentes” não se confundem. Para que se configure “jurisprudência”, são necessárias decisões reiteradas, por parte de uma mesma instituição judicial, afirmando a mesma tese jurídica ou interpretação do direito vigente. Por outro lado, quando falamos em “precedente”, a quantidade de decisões não importa; basta que o tribunal tenha tomado uma única decisão naquele sentido. Para um tratamento clássico no direito brasileiro, ver MAXIMILIANO, 1999. Para uma discussão teórica fundamental sobre precedentes, ver SCHAUER, 1987.

49 Em interessante estudo de amostra de acórdãos de Recursos Extraordinários decididos entre 5 de setembro de 2007 e 1º setembro de 2009, observou-se que havia em 94% dos casos alguma referência à expressão “precedente” na decisão (CARVALHIDO; GUERRA, 2014). Esse tipo de achado, ainda que inconclusivo, sugere que, de alguma forma, os Ministros do STF consideram relevante apontar, em seus votos, que os argumentos e teses que defendem encontram respaldo em decisões e votos anteriores no mesmo tribunal. Como observa Schauer (2009, capítulo 9), as possíveis razões por trás desse hábito de referência ao passado não necessariamente incluem a percepção de que precedentes são “vinculantes”. Para nossos fins, basta notar que os Ministros parecem atribuir algum poder argumentativo a esse tipo de referência ao passado sob a forma de “precedentes” ou “jurisprudência”.

de fatores institucionais. Futuros julgadores podem distinguir entre a *ratio decidendi* de uma decisão ou voto – um argumento ou consideração central para a decisão atingida – e elementos ditos apenas de passagem, *obter dicta*, e que não são centrais para a linha de raciocínio defendida pelo tribunal ou pelo julgador⁵⁰. Além disso, em uma decisão colegiada o que conta em última instância como “jurisprudência” ou “precedente” é a decisão *do tribunal*. Embora os Ministros não possam vetar o texto do voto de seus colegas, em uma decisão colegiada é possível atacar diretamente, em outros votos, os trechos com os quais não se concorda. Com isso, sinaliza-se para futuros leitores (e julgadores) que certo argumento do voto do Ministro X é, na verdade, uma posição individual, não necessariamente compartilhada (ou até rejeitada) por seus colegas⁵¹.

Esses e outros mecanismos colegiados permitem filtrar e separar, de maneiras significativas, a mera anúncio individual de teses por parte de um Ministro e o que realmente deve ser levado em conta, por julgadores futuros, como “precedentes do STF” ou “jurisprudência do STF”. No cenário descrito pelos três conjuntos de premissas acima, cada Ministro tem a capacidade influenciar individualmente a formação da decisão final do STF (ou da turma) e, com isso, o que contará como “jurisprudência” ou “precedente” do tribunal. Entretanto, é possível observar no STF a utilização de decisões monocráticas como estratégia individual de construção de “jurisprudência” ou “precedentes” sem a mediação do colegiado. Aproveitando-se das duas primeiras premissas (o texto dos votos como fonte de argumentos futuros, e a força especial que esses argumentos possuem quando chamados de “jurisprudência” ou “precedente”), mas evadindo-se dos controles colegiados sobre a construção de narrativas sobre as posições que o tribunal de fato sustentou no passado, Ministros encontram formas de sustentar sua “jurisprudência pessoal” como se institucional fosse.

Um exemplo disso está no uso de decisões monocráticas para avançar posições pessoais como se fossem a jurisprudência do tribunal. Em uma

50 Existem exemplos recentes de uso dessa distinção no âmbito das deliberações do STF. Na sessão do dia 11 de setembro da Ação Penal n.º 470 (o caso do “Mensalão”), quando se debatia a admissibilidade dos embargos infringentes naquele tipo de processo, os Ministros Joaquim Barbosa e Roberto Barroso discutiram e divergiram explicitamente sobre se determinadas manifestações de Ministros em votos passados, trazidos pelo Ministro Roberto Barroso, deveriam ser encaradas como parte da “*ratio decidendi*” daqueles casos ou se só consistiriam em “*obter dictum*”.

51 Para uma análise de casos em que essas possibilidades se tornam concretas, ver VOJVODIC et al., 2009.

decisão monocrática, resolvendo um caso sem passar pelas turmas ou pelo Plenário, um Ministro pode anunciar teses jurídicas arrojadas, seguidas de referências a essas decisões em casos posteriores como se fossem “jurisprudência” ou “precedentes” do tribunal⁵². Isso pode acontecer de forma direta, quando, na decisão monocrática, o Ministro já dá a sua interpretação de qual é a jurisprudência consolidada do tribunal sobre um determinado tema como justificativa para extinguir o processo sem levá-lo à apreciação dos colegas. Este, na verdade, é um poder diretamente previsto no regimento interno. 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 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*.

Por exemplo, em 2004, o Ministro Celso de Mello proferiu decisão monocrática na ADPF 45. No caso, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) havia questionado a constitucionalidade de um veto do Presidente sobre proposta de lei de diretrizes orçamentárias enviada pelo Congresso. O argumento era o de que, como a prevalência do veto faria com que a LDO ficasse abaixo da exigência constitucional mínima de alocação para a saúde, o STF deveria considerar o veto presidencial como “ato do poder pú-

52 É possível também observar mecanismos mais complexos do que a promoção inteiramente individual de teses jurídicas. É possível que, ao decidir um caso hoje, um Ministro procure *em decisões monocráticas de outros Ministros* os argumentos que sustentam sua posição no caso atual como se fosse expressão de precedentes do tribunal. Na verdade, os dois processos se alimentam. Uma vez que os Ministros em geral já estejam usando decisões monocráticas para anunciar teses jurídicas novas, aumenta a chance que qualquer Ministro tem de encontrar decisões monocráticas que, *sem ter passado pelo exame colegiado na corte*, contêm argumentos que se encaixam na sua posição.

blico” violador de “preceito fundamental” da Constituição. A tese jurídica era bastante ousada. 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 possibilidade⁵³.

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 orçamento⁵⁴. 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 decidi-

53 Ver BARROSO, 2012.

54 Vale notar, aliás, que, ao defender a segunda tese, o Ministro Celso de Mello estava se distanciando da própria e recente jurisprudência do STF, que, na ADPF n.1, havia decidido pela impossibilidade de se utilizar este instrumento para controlar vetos do Presidente da República. Sobre essa decisão do STF, ver BARROSO, 2012. O relator da ADPF n.º 1, Ministro Néri da Silveira, aposentou-se no STF em 2003, pouco antes de o Ministro Celso de Mello decidir monocraticamente a ADPF n.º 45.

do 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 decisões⁵⁵. 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 Constituição⁵⁶. 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. Outro exemplo pode ser encontrado no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.367.432, decidido por unanimidade pela 2ª turma em 20/04/2010. Em seu curto voto na ação, que tratava de questão similar à discutida pela Ministra Ellen Gracie no caso acima, o Ministro Relator Eros Grau asseverou que “o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas, fixou entendimento no sentido de que” esse controle judicial é possível – e completa a frase com a transcrição de um longo parágrafo da ADPF 45, sem qualquer referência ao fato de que teria se tratado de decisão monocrática. As duas decisões da 2ª turma nesses recursos não são exemplos isolados. Seria possível indicar outros⁵⁷.

55 Ver, por exemplo, as duas decisões monocráticas do Ministro Ayres Britto nos Recursos Extraordinários n.º 574.481, 574.506 e 572.960, todas de 2010. Os trechos em que o Ministro faz referência à ADPF n.º 45 são idênticos nas três decisões monocráticas.

56 Vale notar que a parte prejudicada pela decisão da Ministra havia alegado explicitamente que a ADPF n.º 45 não poderia ser considerada jurisprudência suficiente para a rejeição do pedido, por se tratar de decisão monocrática em caso de perda de objeto.

57 Ver, por exemplo, AI n.º 829.984, Rel. Min. Dias Toffoli, Julgamento em 25/02/2013 (“Ademais, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de reconhecer a legitimidade do poder judiciário em determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administra-

Tecnicamente, não houve sequer manifestação judicial relevante em um caso como a ADPF 45 – nem mesmo manifestação *individual*, já que, na ausência de objeto a ser decidido, houve apenas a extinção do processo sem julgamento de mérito. Ocorre, porém, que a dimensão técnica é pouco relevante diante do fenômeno descrito acima. Caberia aos outros Ministros contestar, com base em considerações técnicas, a possibilidade de que uma decisão como a ADPF 45 possa contar como “jurisprudência”. Mas a ação iniciada pelo Ministro “empreendedor” acaba tornando essa possibilidade cada vez mais restrita, na medida em que a decisão vai aparecendo cada vez mais no vocabulário e no imaginário do tribunal como um “precedente” – em novas decisões monocráticas do mesmo Ministro, nos argumentos de partes que a citam em suas petições como precedentes, em decisões de instâncias inferiores que a tratam como indicador de jurisprudência⁵⁸. No caso, embora o tribunal ainda não tenha utilizado a ADPF 45 como precedente para justificar o controle de veto presidencial por meio de ADPF, aquela ação *já vem sendo sistematicamente tratada como precedente válido*. É questão de tempo até que venha a ser invocada para finalmente afirmar, como parte da jurisprudência do tribunal, a possibilidade (juridicamente ousada) de controle judicial da constitucionalidade de um veto presidencial sobre projeto de lei orçamentária ainda em discussão.

ção pública. Nesse sentido, anote-se a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF n.º 45, DJ de 4/5/04, e o acórdão da Segunda Turma no RE n.º 367.432/PR, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 14/5/10”). Ver, no mesmo sentido, também se referindo à ADPF n.º 45 como indicador de teses já aceitas pela jurisprudência do STF: AI n.º 835.956, Rel. Min. Dias Toffoli (2013); RE n.º 661.757, Rel. Min. Dias Toffoli (2011); RE n.º 590664, Rel. Min. Ayres Britto (2011); ARE n.º 758.111, Rel. Min. Cármen Lúcia (2013). Trecho idêntico pode ser encontrado no ARE n.º 679.616, Rel. Min. Cármen Lúcia (2013): “Anote-se, inicialmente, que este Supremo Tribunal assentou a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de determinado serviço público, cuja carência específica afete, diretamente, direitos constitucionais, podendo tal definição judicial se dar “quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estrutura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (ADPF n.º 45, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 4.5.2004), o que se dá na espécie vertente.”

58 Para um exemplo de como instâncias inferiores passaram a utilizar a ADPF n.º 45 como indicador da jurisprudência do STF, ver AI n.º 759543, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28/10/2013. No caso, envolvendo intervenção judicial no provimento de serviços de saúde, o TJ-RJ havia decidido utilizando como fundamento “os fundamentos do parecer ministerial e de recente decisão do STF na ADPF 45” [grifos adicionados]. E, em sua decisão, o Ministro Celso de Mello considerou “corretíssimo, portanto, o v. acórdão emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que bem examinou a controvérsia constitucional, dirimindo-a com apoio em fundamentos que têm o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (fls. 773/780)”.

Nesse cenário, decisões monocráticas podem de fato ser um meio de transformar, ao longo do tempo, a jurisprudência pessoal em narrativa institucional. Essa narrativa institucional pode ser interpretada por atores externos ao tribunal – parlamentares, Presidente, partes litigantes e inclusive juízes de instâncias inferiores – como uma sinalização acurada de qual a posição institucional sobre o tema. Tudo depende de como o Ministro conduzirá o empreendimento de rerepresentar a posição individual como memória institucional colegiada. Se for bem-sucedido, o Ministro terá produzido fora do tribunal o mesmo tipo de influência descrita nas seções anteriores, incentivando litigantes, outros tribunais e atores políticos em geral a adotarem certos comportamentos em detrimento de outros.

4. Implicações para estudos sobre o Supremo Tribunal Federal

Com a identificação desses poderes individuais dos Ministros, uma nova agenda de pesquisas pode se abrir. Paralelamente ao tribunal colegiado, pode existir também no Brasil um “Supremo Individual” – um conjunto de mecanismos pelos quais cada um dos Ministros do STF pode participar diretamente na política. Nesta sessão, levantamos algumas hipóteses e implicações normativas que surgem do reconhecimento desse “Supremo individual”, que se constitui em um canal paralelo ao “Supremo colegiado”, como caminho institucional para que as preferências individuais dos Ministros do STF produzam efeitos sobre o mundo fora do tribunal.

4.1. Poderes informais individuais x instituições formais colegiadas

As formas de exercício de poderes individuais apresentadas acima revelam que, em determinadas situações, um ministro do STF, comportando-se “fora” de marcos institucionais bem definidos, ao mesmo tempo ultrapassa os procedimentos internos requeridos para uma atuação colegiada do tribunal e se insere no processo político decisório com uma força institucional, com efeitos muitas vezes comparáveis à ação do próprio tribunal. Nesse sentido, uma ação individual informal de um ministro pode se apresentar e ser percebida na arena decisória da política nacional como poder de veto ou de ação do próprio STF. Essa característica da ação individual informal de um ministro do STF é que a torna capaz de afetar a dinâmica e os resultados do processo político. Porém, a forma como tal ação coexiste

e se relaciona com os aspectos institucionais do STF apresenta variações e pode ter implicações importantes para o entendimento do processo decisório e, conseqüentemente, para a explicação do comportamento dos atores e os efeitos das instituições.

Essa diversidade pode ser apreendida a partir de uma tipologia elaborada por Helmke e Levitsky (2004) para descrever as relações possíveis entre instituições formais e instituições informais. Essas podem ser de complementariedade, de substituição, de acomodação ou de competição, conforme se considera o tipo de resultado possível, se convergente ou divergente, e a efetividade ou inefetividade das instituições formais. Instituições informais complementares reforçam a efetividade das instituições formais, na medida em que atuam como uma espécie de reforço ou elemento facilitador/coordenador das normas, procedimentos e rotinas formalmente vigentes. Nesse caso, as instituições informais reforçam expectativas e crenças a respeito dos efeitos das instituições formais, contribuindo, inclusive, para uma maior aderência/obediência às regras formais existentes. Já as instituições informais substitutivas são aquelas que acabam exercendo os efeitos das instituições formais em contextos nos quais, por algum motivo, estas não são efetivas. A acomodação ocorre quando as instituições contradizem o espírito das regras formais vigentes, sem, contudo, violá-las claramente. Instituições “acomodativas” podem alterar os efeitos substantivos das regras formais sem precisar alterar as instituições formais existentes. Já instituições informais competitivas são as que levam os atores a ignorarem ou violarem as regras formais existentes (clientelismo, patrimonialismo e, no limite, corrupção).

A tipologia apresentada pode ser adaptada para captar como os comportamentos individuais informais dos ministros do STF se apresentam no processo decisório. De fato, as ações informais dos ministros do STF descritas na seção anterior podem ter resultados convergentes com ou divergentes das regras formais que estruturam o processo decisório do tribunal. No primeiro caso, as ações informais podem complementar ou substituir as regras formais vigentes. É possível conceber, também, ações informais que sejam substitutivas das ou competitivas com as regras institucionais existentes. A diferença, talvez, seja o fato de que para agir de forma complementar, substitutiva, acomodativa ou competitiva, as ações informais dos ministros não dependam tanto da efetividade ou inefetividade das instituições formais que estruturam o processo decisório do STF.

Como resultado, comportamentos informais conferem uma capacidade de ação individual aos ministros, ao permitirem que eles se desviem das regras formais do processo decisório interno, como dito anteriormente. Nesse caso, suas preferências acabam prevalecendo em detrimento das preferências que resultariam da agregação das decisões dos ministros de todo o tribunal colegiado (observar que se fosse decisão monocrática a informalidade não é necessária). Esses comportamentos informais produzem um efeito: cada ministro pode se constituir em uma espécie de instituição para atores externos ao tribunal, na medida em que suas preferências prevalecem e devem ser levadas em consideração por tais atores. Isto é, nos termos da análise institucional de Tsebelis, cada ministro se configura em um potencial ator de veto⁵⁹. Sendo assim, as críticas recorrentes ao caráter individualista da tomada de decisão no STF deveriam na verdade ser aprofundadas⁶⁰. Nossos exemplos sugerem que, ao lado de um processo decisório colegiado individualista, existem mecanismos – pouco formalizados, e pouco estudados – que permitem aos Ministros influenciar o mundo fora do tribunal, incluindo a política nacional, sem passar necessariamente pelo processo decisório interno. É importante observar, ao longo do tempo, se e como esses mecanismos coexistem com os processos mais familiares de atuação colegiada. É possível, por exemplo, que a ocorrência desses poderes individuais reforce a fragmentação interna do tribunal inclusive dentro do processo decisório colegiado.

4.2. Um Supremo minoritário?

Os comportamentos individuais dos ministros do STF podem ter implicações normativas importantes para a discussão sobre a legitimidade dos diferentes papéis que o tribunal pode exercer na vida política nacional. Em democracias constitucionais, tribunais com poder de realizar controle de constitucionalidade com frequência exercem uma atuação normalmente chamada de “contramajoritária” em relação às decisões do poder legislativo⁶¹. Assumindo-se que as decisões legislativas são o resultado de um processo decisório estruturado segundo uma regra de maioria, e que as ins-

59 TSEBELIS, 2002.

60 VIRGÍLIO, 2013; MENDES, 2012.

61 BICKEL, 1986.

tuições políticas se estruturam de acordo com critérios representativos, diversos autores colocam sob suspeita as credenciais democráticas de decisões judiciais que contrariem a manifestação política resultante dos canais representativos. Segundo uma justificativa típica do *judicial review*, certo tipo de questões – ligadas, por exemplo, à garantia de direitos individuais, ou às exigências de igual respeito e consideração entre diferentes indivíduos e grupos em uma sociedade plural – só podem ser adequadamente resolvidas fora de instituições majoritárias e da lógica da vontade da maioria⁶².

Contudo, como observa Jeremy Waldron, no fim das contas uma decisão judicial é o resultado de um processo de agregação de preferências dos juízes. Não obstante o discurso de que, no “fórum de princípio” constituído por juízes independentes da política, prevalece a força do melhor argumento, em caso de divergência os juízes precisam votar. E, ao votarem, em muitos a decisão vencedora surgirá em última instância dos números, não da persuasão mútua⁶³. É interessante notar, porém, que mesmo essa importante crítica de Waldron tende a assumir que, internamente, os tribunais constitucionais se constituem como órgãos majoritários: prevalece a decisão judicial defendida pela maioria dos Ministros, ainda que essa decisão possa ser contra-majoritária com relação ao ambiente político no qual o tribunal está inserido⁶⁴. Mas a possibilidade de um comportamento individual tal como descrito nesse artigo pode fazer com que, internamente, essa premissa não se verifique em todos os casos de *judicial review*. Pelos mecanismos que descrevemos nas seções anteriores, é possível que uma *minoría* de Ministros do STF determine resultados no processo político. Assim, em determinadas situações, será decisivo a correspondência entre a *preferência individual do juiz* e a posição expressa pela maioria legislativa.

62 DWORKIN, 2001.

63 WALDRON, 2006.

64 Uma questão importante discutida na literatura democrática a partir de proposições elaboradas pela teoria da escolha social inaugurada por Joseph Kenneth Arrow tem a ver justamente com a capacidade das regras de agregação de preferências refletirem, de fato, a preferência da maioria por conta das diferenças na ordem de preferências dos agentes envolvidos. Em determinadas situações, o que foi decidido pode depender do poder de agenda ou mesmo da manipulação política e expressará mais a preferência de determinados atores do que a preferência da maioria. Assim, haverá sempre a possibilidade de que os órgãos majoritários tomem uma decisão que não reflita as preferências da maioria. Para uma discussão sobre o teorema da impossibilidade ver ARROW, 1950. Sobre a importância do poder de agenda e sobre a manipulação política em geral ver RIKER, 1986. Para uma discussão sobre a possibilidade das decisões dos tribunais não refletirem a maioria ou estarem sujeitas a manipulações ver EASTERBROOK, 1982; e SHAPIRO, 2006. Outro fato a ser considerado é a forma de contagem da maioria. Os tribunais podem ser contramajoritários em relação a decisão tomada por maioria simples, absoluta ou qualificada. Sobre as complexidades envolvidas na contagem de maioria ver ELSTER, 2014.

Uma vez que levemos em conta as variações possíveis na relação entre maioria/minoria interna e maioria/minoria externa, as análises normativas da atuação do STF na democracia brasileira se tornam muito mais complexas. No quadro abaixo, sistematizamos as seguintes correspondências entre o exercício de poder judicial e o STF em geral, na horizontal, e entre as maiorias legislativas, na vertical:

		Posição Interna	
		Majoritário	Contramajoritário
Posição Externa	Majoritário	A	B
	Contramajoritário	C	D

Cada manifestação de preferências dos Ministros do STF pode ser enquadrada em um dos quadrantes acima. No quadrante C, temos a situação paradigmática dos debates de teoria constitucional sobre a legitimidade do *judicial review*: uma maioria de Ministros decide invalidar uma lei que contava com apoio político majoritário. No quadrante A, temos uma situação menos típica, mas talvez empiricamente mais comum em muitos contextos: uma maioria de Ministros vota em sentido que *afirma* a posição política da maioria⁶⁵. Ou seja, há uma convergência entre o exercício de poder judicial e o resultado da aplicação de regra de maioria no processo político decisório mais amplo, e a atuação do tribunal é, na verdade, “majoritária”.

A grande novidade está na coluna da direita, nos quadrantes B e D. No quadrante B, uma *minoria* de Ministros exerce poder sobre a política de forma a *afirmar* a posição de uma maioria legislativa. No quadrante D, uma *minoria* de Ministros *contraria* a posição dessa maioria legislativa. Normalmente, essas combinações seriam impossíveis, se considerarmos que, em um processo decisório colegiado, é de se esperar que a decisão resultante expresse uma posição majoritária. Contudo, por meio dos poderes individuais que os Ministros do STF têm, em nossa análise, para influenciar resultados na esfera política, os quadrantes B e D se tornam possíveis na prática. Por meio de pedidos de vista, antecipações e manifestações na imprensa e usos criativos de “jurisprudência pessoal”, cada Ministro individual pode levar atores majoritários externos ao tribunal a mudarem de posição, produ-

65 FRIEDMAN, 2009; EPSTEIN; MARTIN, 2010.

zindo assim efeitos contra-majoritários (quadrante D). Por outro lado, esses mesmos poderes podem ser usados para que Ministros individuais reforcem e legitimem decisões política majoritárias (quadrante B).

Os efeitos dessas manifestações individuais de poder judicial dependem de uma série de fatores e podem perfeitamente não ser permanentes. Contudo, o fato é que, ao menos temporariamente, elas representam uma manifestação *internamente minoritária* de poder judicial que pode ter efeitos majoritários ou contramajoritários na esfera política. As implicações normativas dos cenários descritos acima merecem ser exploradas. Se já é problemático considerar que uma maioria de Ministros independentes da política contrarie a vontade da maioria, o que dizer da possibilidade de que uma *minoría de Ministros independentes* exerça um papel contramajoritário? Nesse cenário, a força da crítica à legitimidade do *judicial review* seria talvez redobrada. Trata-se de um tema a ser discutido em futuros estudos do papel do STF na democracia brasileira. Para que essa e outras agendas se abram, porém, é preciso antes de mais nada reconhecer a possibilidade, no desenho institucional e na prática decisória do STF, de que Ministros realizem comportamentos capazes de produzir efeitos na esfera política sem passar pelo processo colegiado judicial.

5. Conclusão

Estudos e críticas à participação do Supremo Tribunal Federal na vida política nacional costumam assumir, ainda que implicitamente, que a decisão do tribunal a ser analisada ou criticada é obtida após um processo decisório interno colegiado. Mesmo que esse processo seja imperfeito, ele é condição necessária para que os *inputs* individuais dos Ministros possam produzir efeitos relevantes sobre o mundo fora do tribunal. Neste trabalho, procuramos mostrar que, na arena política externa ao STF, o poder judicial pode produzir efeitos em dois tipos de configuração distintos. Ao lado do processo decisório colegiado, existem alguns canais pelos quais a ação de Ministros individuais pode ser suficiente para afetar o comportamento de outros atores políticos, sociais e judiciais.

Este artigo tem uma finalidade primariamente exploratória, e, mesmo que nossos exemplos e argumentos sejam persuasivos, esses poderes individuais dos Ministros exigirão mapeamentos conceituais mais aprofundados e testes empíricos sistemáticos. Em todo caso, se nossos breves estudos

de caso forem plausíveis, três conjuntos de implicações e perguntas podem ser delineadas desde já. Como justificar uma atuação judicial externamente contramajoritária, mas internamente minoritária? Qual a relação entre a frequência com que esses poderes são utilizados, de um lado, e o funcionamento (muitas vezes imperfeito) dos processos de decisão colegiada, de outro? Por fim, o reconhecimento desses poderes individuais pode ser relevante para estudos no campo das ciências sociais sobre o STF como um ator no processo político nacional. Além de procurar por evidências de influência, na política, das decisões que o STF produz como instituição colegiada, é preciso manter a agenda aberta para incorporar nas explicações do papel do tribunal os efeitos observáveis do que os Ministros individuais conseguem fazer quando, mesmo agindo individualmente e sem mediação colegiada, tomam de empréstimo o poder da instituição como um todo.

Referências Bibliográficas

- ARGUELHES, Diego Werneck. *Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. Universitas Jus (UniCeub Law Journal), v.25, n.1, 2014.
- ARGUELHES, Diego Werneck; Hartmann, Ivar A. Timing Control Without Docket Control: How individual Justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. Trabalho apresentado no *Stanford International Junior Faculty Forum*, Faculdade de Direito da Universidade Stanford (EUA), 10-11 de Outubro de 2014.
- ARROW, Kenneth. A Difficulty in the Concept of Social Welfare. In: *Journal of Political Economy*. V.58, n.4, pp. 328-346, 1950.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Controle da Constitucionalidade das Leis no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- CARVALHIDO, Anna Luiza; GUERRA, Pedro Henrique Giocondo. Um Retrato dos Recursos Extraordinários. In: DIMOULIS, Dimitri; CUNHA, Luciana Gross; RAMOS, Luciana de Oliveira (orgs.). *O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade*. São Paulo: Direito GV, 2014.

- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- EASTERBROOK, Frank. *Ways of criticizing the Court*. Harvard Law Review, v.95, 1982.
- EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew. *Does public opinion influence the Supreme Court? Possibly Yes (but we're not sure why)*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, V. 13, N. 263, 2010.
- FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vítor. *3o Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Instituições Políticas e Governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. In: MELO, Carlos R.; SAEZ, Manuel A. (orgs.) *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG, pp. 147-198, 2007.
- FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as a Political Process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrax, Straus and Giroux, 2009.
- GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- HALL, Peter; TAYLOR, Rosemary. Political science and the three new institutionalisms. *Political Studies*, n. XLIV, pp. 936-957, 1996.
- HELMKE, Gretchen; LEVITZKY, Steven. Informal Institutions and Comparative Politics: A research agenda. In: *Perspectives on Politics*, v. 2, n.º 4, 2004.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MENDES, Conrado Hubner. "O projeto de uma corte deliberativa". In: VOJVODIC, Adriana et al (Orgs.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOISÉS, José Álvaro. "O Desempenho do Congresso Nacional no Presidencialismo de Coalizão". In: MOISÉS, José Álvaro (org.) *O Papel do Congresso Nacional no Presidencialismo de Coalizão*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 7-29, 2011.
- NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

- OLIVEIRA, Fabiana Luci. O Supremo Relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, n.º 80, 2012.
- _____. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: Coalizões e Panelinhas. In: *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n.º 44, 2012.
- OSTROM, Elinor. *Understanding Institutional Diversity*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2005.
- OSTROM, Elinor et al. “An Assessment of the Institutional Analysis and Development Framework and Introduction of the Social-Ecological Systems Framework”. In: SABATIER, Paul; WEIBLE, Christopher (Orgs.). *Theories of the Policy Process*. Boulder: Westview Press, 2014.
- PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Partidos fracos na arena eleitoral e partidos fortes na arena legislativa: a conexão eleitoral no Brasil. In: *Dados*, vol. 46, n.º 4, pp. 735-771, 2003.
- PEREIRA, Saylor Alves. Os Pedidos de Vista no Supremo Tribunal Federal: Uma análise quantitativa nos casos de controle concentrado de constitucionalidade. Monografia de Conclusão de Curso. São Paulo, 2010. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP.
- RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck e PEIXOTO, Vitor Moraes. *Levando a Decisão Judicial a Sério: Processo Decisório, Judiciário e Políticas Públicas*. Trabalho apresentado no GT “Políticas Públicas” do 33º Encontro Anual da ANPOCS. Caxambu, Minas Gerais, 2009.
- RIKER, William. *The Art of Political Manipulation*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, n.39, 1987.
- _____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SHAPIRO, Ian. *Fundamentos Morais da Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. In: *ICON – International Journal of Constitutional Law*, n.º 11, pp. 557-584, 2013.
- STÉPHANIE, Novak; ELSTER, Jon. “Introduction”. In: STÉPHANIE, Novak; ELSTER, Jon. *Majority Decisions: principles and practices*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- SUSSEKIND, Evandro. *Vontade do Legislador ou Constituição Generosa? Trazendo o Constituinte para o debate sobre o controle de constitu-*

- lidade preventivo. *Trabalho de Conclusão de Curso* (Graduação em Direito). Rio de Janeiro, 2014. Fundação Getúlio Vargas.
- TAYLOR, Matthew. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. In: *Dados*, v. 50, n.º 2, pp. 229-257, 2007.
- TAYLOR, Matthew. *Judging Policy: Courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.
- TSEBELIS, George. *Veto Players: How political institutions work*. New York: Russell Sage Foundation; Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck.; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete Anos de Judicialização da Política*. *Tempo Social*, v. 19, n.º 2, pp. 39-85, 2007.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DIREITO GV*, v. 4, n.º 2, pp. 441-464, julho/dezembro, 2008.
- VOJVODIC, Adriana et al. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, v. 5, n. 1, p. 21-44, jan./jun., 2009.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115, p.1348-1406, 2006.
- WEAVER, Kent; ROCKMAN, Brent (orgs.). *Do Institutions Matter? Government capabilities in the United States and Abroad*. Washington, DC: Brookings Institution, 1993.

Documentos e Sites

- PEREIRA, Thomaz Junqueira. Proposta de Constituinte Exclusiva mostra tensões entre o Direito e a Política. Observatório Constitucional – Consultor Jurídico, 24 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-24/ideia-constituente-exclusiva-mostratensoes-entre-direito-politica>>. Acesso em 3 de novembro de 2014.

Recebido em 3 de novembro de 2014
Aprovado em 1º de janeiro de 2015