



MINISTROCRACIA

O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro¹

<http://dx.doi.org/10.25091/S01013300201800010003>

DIEGO WERNECK ARGUELHES*
LEANDRO MOLHANO RIBEIRO**

RESUMO

Neste artigo, mapeamos como a ação de um ministro do STF pode influenciar o processo político decisório. Propomos uma visão ampliada dos mecanismos pelos quais tribunais atuam sobre a dinâmica política, mostrando que, no STF, a alocação desses poderes é individualizada e descentralizada. Neste cenário, que chamamos de “ministrocracia”, a política constitucional se torna errática, criando problemas para a justificação do poder do tribunal em um regime democrático.

PALAVRAS-CHAVE: *Supremo Tribunal Federal; processo decisório; desenho institucional; poderes individuais; controle de constitucionalidade.*

Ministrocracy: The Individual Supreme Court in Brazilian Democracy

ABSTRACT

In this paper, we map how the behavior of a Supreme Court judge can influence the political process. We offer an expanded framework of judicial powers to shape the behavior of political actors, and demonstrate how the Brazilian Supreme Court allocates these powers in an individualistic and decentralized way. In this scenario, which we label “ministrocracy”, constitutional politics becomes erratic, creating problems for the justification of the court’s power in a democratic regime.

KEYWORDS: *Brazilian Supreme Court; judicial decision-making; institutional design; individual powers; constitutional review.*

[*] Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: diego.werneck@fgv.br.

[**] Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: leandro.ribeiro@fgv.br.

[1] Agradecemos a Evandro Süsskind, Luiz Gomes Esteves, Marcio Grandchamp, Mariana Mota Prado, Mario Brockmann Machado, Rogério Arantes, Thomaz Pereira e

O Supremo Tribunal Federal (STF) esteve no centro da crise política nos últimos anos. O processo de impeachment de Dilma Rousseff, a Operação Lava Jato e suas implicações para garantias constitucionais, as manobras legislativas de Eduardo Cunha, as reformas do governo Temer—tudo foi em algum momento decidido, adiado, moldado de alguma forma pelo STF. Há quase dez anos, em período de estabilidade política, já se apontava para a construção de uma “supremocracia” no Brasil (Vieira, 2008). Os últimos anos, porém, deixam transparecer um aspecto diferente do problema. Em vários momentos críticos, o poder judicial foi exercido individual-

mente por ministros do STF, sem participação relevante do plenário da instituição ou até mesmo contra ele.

Por liminar individual, o ministro Gilmar Mendes suspendeu a nomeação de Lula como ministro da Casa Civil de Dilma Rousseff; o ministro Luiz Fux suspendeu e mandou reiniciar, na Câmara, a tramitação do pacote das “10 medidas contra a corrupção”; o ministro Marco Aurélio determinou à presidência da Câmara que desse prosseguimento a um pedido de impeachment contra o então presidente interino Michel Temer. Tecnicamente, como liminares monocráticas, essas e outras decisões individuais do período seriam precárias, excepcionais e dependentes de confirmação do plenário em um futuro próximo. Na prática, porém, ou o plenário sequer chegou a se manifestar sobre essas e outras liminares monocráticas de grande magnitude política ou, quando o fez, a decisão individual já havia alterado decisivamente o *status quo*. A crise política deixou evidente que os ministros têm grandes recursos para evitar, emparedar ou mesmo ignorar o plenário (Falcão; Arguelhes, 2017). Em vários momentos importantes, a política nacional foi, em boa medida, moldada por ações judiciais estritamente individuais, que não chegaram a passar (ou não passaram em tempo hábil) pelo Supremo como instituição colegiada.

Liminares individuais são a face mais visível do problema. Não esgotam, porém, os recursos que os ministros do Supremo têm para afetar a política. Utilizando seu poder de pedir vista, o ministro Gilmar Mendes controlou por vários meses o andamento, no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), do processo de cassação da chapa Dilma/Temer, enquanto novas revelações da Lava Jato tornavam mais crítica a situação de Dilma Rousseff e sua relação com o Congresso (“Quem é Gilmar Mendes”, 2017).² Durante o processo de impeachment, o então presidente do Supremo, ministro Lewandowski, declarou à imprensa que ainda estava em aberto se o tribunal entraria ou não no mérito da decisão final do Senado (M. Falcão, 2016). Seja controlando a agenda do tribunal, seja com simples declarações públicas sobre potenciais decisões futuras, a ação individual de ministros dissuadiu, encorajou ou até viabilizou algumas estratégias de atores políticos.

Na conjunção desses dois aspectos—atuação judicial sobre a política que é *individual* (independente de manifestações do colegiado) e às vezes *informal* (independente até mesmo de decisões judiciais)—há um fenômeno mais geral a ser explorado. Quando analisou o que chamou de “supremocracia”, Vieira (2008) descreveu a concentração de poderes nas mãos do STF como *instituição*. Enfocava *decisões colegiadas* como a unidade de análise do poder de que o tribunal dispunha e da influência política que poderia ter. Da mesma forma, a literatura existente sobre judicialização da política enfoca decisões coletivas. Mesmo quando as unidades de análises são os votos individuais dos

aos dois pareceristas anônimos por comentários a uma versão anterior deste trabalho. Agradecemos também a Ivar A. Hartmann pelos dados inéditos aqui utilizados. Algumas das ideias desenvolvidas aqui foram apresentadas originalmente no encontro de junho de 2017 do Seminário em Latinoamérica de Teoria Constitucional y Política (SELA), em Quito, Equador. Gostaríamos de agradecer aos participantes do evento pelos comentários, em especial Andrea Pozas-Loyo, Conrado Hübner Mendes, Eliezer Gomes da Silva e Jamal Greene.

[2] Redação Terra, “Quem é Gilmar Mendes, dono do voto de minerva que absolveu Temer”, *Terra*, 09 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/quem-e-gilmar-mendes-dono-do-voto-de-minerva-que-absolveu-temer,e4597bo4d151d58ec815cb76c4f8712cbns62ewa.html>

ministros, a premissa é que essas posições individuais só poderão afetar o mundo fora do tribunal após serem agregadas, em um processo decisório interno, em votos vencidos e vencedores (p. ex.: Oliveira, 2012a; 2012b).

Contudo, o foco nas decisões colegiadas, embora necessário, não é suficiente para uma compreensão plena e precisa do papel dos juízes na política brasileira. Neste artigo, mapeamos e discutimos as principais maneiras pelas quais a ação individual pode ser condição suficiente para influenciar o processo político decisório ao redor do STF. Na primeira parte, propomos uma visão ampliada, para além das decisões formais, dos mecanismos pelos quais tribunais atuam sobre a dinâmica política, identificando de que maneira esses poderes podem ser alocados em instituições judiciais colegiadas: *tomada de decisão, sinalizações públicas e definição de agenda*. No desenho institucional de um dado tribunal, cada um desses poderes pode ser exercido *coletivamente* (i. e., só pode ser utilizado por meio de uma decisão colegiada) e/ou *individualmente* (i. e., a atuação de um único ministro é condição suficiente para utilizar esse poder). Alocações individuais, por sua vez, podem ser *centralizadas* (vinculadas a uma posição institucional fixa, conhecida de antemão na arquitetura da instituição e válida para um grande conjunto de casos, como a de presidente do tribunal) ou *descentralizadas* (qualquer ministro pode em princípio exercer esse poder).

Na segunda parte, reconstruímos o STF como um caso de desenho institucional particularmente individualizado e descentralizado. Diversos exemplos recentes ilustram como a ação individual dos ministros, por meio dos poderes discutidos na primeira seção, tem sido decisiva para a política constitucional brasileira. Não se trata aqui de testar quantitativamente quaisquer hipóteses prévias sobre como são usados os poderes individuais dos ministros do STF, mas sim de utilizar casos qualitativamente importantes para a política nacional para teorizar sobre a capacidade individual dos ministros de influenciar o *status quo* legislativo. Apontamos em especial para a interação entre poderes de agenda e de decisão individual no funcionamento do STF: como relatores dos processos combinam o poder de decidir liminares monocráticas e o poder de liberar ou não essas liminares para apreciação das turmas e do plenário, cria-se um espaço, politicamente relevante, de decisão individual sem controle coletivo. Argumentamos que em alguns casos muito importantes essa combinação tem sido funcionalmente equivalente ao que chamamos de “*judicial review* individual”, com ministros realizando o controle de constitucionalidade sem qualquer controle efetivo pelo plenário.

Na terceira parte, discutimos implicações desse cenário para o processo democrático. A atuação individual descentralizada torna a política constitucional errática, ao vinculá-la às preferências de juízes

que não necessariamente refletem a posição institucional do tribunal como ator coletivo. Em qualquer tribunal, decisões judiciais são, ao menos em parte, contingentes às preferências de seus integrantes. No entanto, tipicamente, mecanismos internos de agregação de preferências (p. ex., uma votação majoritária entre os juízes) tornam o resultado final relativamente previsível para uma dada composição do tribunal. No caso do Supremo, porém, essa relativa estabilidade é constantemente erodida pela ação individual, que enfraquece a correlação esperada entre vitórias eleitorais, oportunidade de indicação de ministros e formação da jurisprudência constitucional ao longo do tempo. Mais ainda, a ação individual no Supremo ilustra na prática a possibilidade de um tipo de *contramajoritarismo interno* dentro do próprio tribunal, aumentando o risco de captura desses agentes independentes e gerando problemas para a legitimação da atuação judicial contramajoritária na política de forma mais geral.

TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO DECISÓRIO DEMOCRÁTICO

Que poderes os tribunais têm?

Assumir que um tribunal constitucional é um ator relevante é considerar que ele pode se constituir como um ator de veto no processo político decisório, cuja concordância é necessária para a alteração ou manutenção do *status quo* (Tsebelis, 2002; Brouard; Hönnige 2017).³ Sendo um ator relevante, as preferências do tribunal constitucional são levadas em consideração no cálculo político dos demais atores que participam do processo decisório. Assim, uma ideia-chave para compreender a atuação de tribunais constitucionais na política diz respeito ao comportamento estratégico dentro e fora do tribunal. No primeiro caso, a observação das preferências potenciais do tribunal acarreta um conjunto de considerações estratégicas tanto daqueles atores que fazem parte da maioria (que pode ser os que exercem o governo) como daqueles na minoria (ou que estão na oposição).

Tribunais constitucionais podem ter um impacto legislativo imediato, direto e formal sobre as decisões legislativas, vetando-as totalmente ou invalidando-as parcialmente. Essa possibilidade de atuação direta, porém, abre espaço para efeitos indiretos sobre o comportamento de atores fora do tribunal. A ameaça crível de decisão judicial futura (gerada pelo comportamento passado do tribunal) cria uma espécie de efeito pedagógico e indireto de retroalimentação (*feedback*) sobre o próprio processo legislativo (Sweet, 2000; Whittington, 2005; Epstein; Knight, 1998; Taylor, 2008),⁴ conforme atores políticos percebem esses incentivos para adaptar sua produção normativa e estratégias de ação levando em conta as preferências do tribunal (Sweet, 2000).⁵ Por outro lado, também é possível haver comportamento estratégico e antecipação

[3] Essa é a definição de ator de veto de Tsebelis (2002). Na aplicação dessa definição aos tribunais constitucionais, porém, Tsebelis os considera “absorvidos” no espaço de preferência de outros atores do sistema político (basicamente devido aos mecanismos de indicação política de seus juízes). Com isso, não os encara, a princípio, como atores com poder de veto. Para uma discussão crítica a respeito e uma análise empírica com evidências contrárias à hipótese de absorção, ver Brouard e Hönnige (2017).

[4] Essa ideia está presente em diversos estudos sobre tribunais constitucionais, desde estudos sobre judicialização da política (Sweet, 2000) e regimes políticos (Whittington, 2005) a estudos sobre comportamento judicial (Epstein; Knight, 1998). Para uma análise no caso brasileiro, ver Taylor (2008).

[5] A possibilidade de o tribunal ser mais ou menos deferente à maioria dependerá, além das distância das preferências dos juizes em relação à maioria, do grau de independência para agir em relação aos demais atores políticos. Isso pode levar a um ajuste ou adaptação da atuação do próprio tribunal, e sua decisão estaria em algum ponto de interseção entre suas próprias preferências e as dos atores da maioria. Ver Sweet (2000).

[6] Ver Epstein e Jacobi (2010) e Epstein, Knight e Martin (2001). Para uma discussão sobre o caso do STF, ver Ribeiro e Arguelhes (2013).

dentro do tribunal. Por exemplo, os juízes podem evitar decisões muito conflitantes com as preferências da maioria governante para evitar retaliação (Epstein e Jacobi, 2010; Epstein, Knight e Martin, 2001; Ribeiro; Arguelhes, 2013).⁶ Aqui, a variável-chave são os poderes que os políticos têm, em princípio, para ameaçar os tribunais. A direção da decisão judicial (ou das considerações estratégicas dos demais atores) dependerá das preferências do tribunal frente ao seu grau de independência dado pelo desenho institucional, o que, por sua vez, dependerá da configuração institucional do processo decisório interno do tribunal vigente.

Como se formam, fora do tribunal, essas percepções sobre a probabilidade, direção e intensidade de decisões judiciais futuras? Decisões passadas são um *proxy* importante das preferências de uma dada composição da corte (Sweet, 2000). Contudo, embora o poder de *decidir* seja a expressão prototípica do poder judicial, decisões judiciais formais nos dão uma visão incompleta de como tribunais e juízes influenciam a política. Se é verdade que a simples ameaça de uma decisão judicial futura pode ser suficiente para moldar o comportamento de atores fora do tribunal, qualquer mecanismo pelo qual um juiz ou tribunal module a percepção desses atores já pode influenciar seu comportamento. É preciso levar em conta, portanto, o poder de *sinalizar*, fornecendo informações sobre o que esperar de decisões futuras. Da mesma forma, qualquer mecanismo que torne mais ou menos provável que o tribunal de fato decida uma questão também afetará, indiretamente, o *status quo* legislativo e o comportamento dos atores políticos. Ou seja, é preciso levar em conta o poder de *definir a agenda*.

Sinalizações sobre decisões judiciais futuras mudam os custos esperados de determinados cursos de ação, alterando cálculos e comportamentos, por diversos meios formais e informais. A manifestação mais clara e extrema do poder de sinalização seria uma mensagem oficial pública do tribunal, antes que um conflito surja, já antecipando a posição que tomará se e quando provocado. Mas há variações mais sutis. A fala de um ministro em uma palestra ou entrevista, oficial ou não, pode ser interpretada como expressão de simpatia por uma determinada posição, encorajando ou desencorajando o ajuizamento de certos tipos de ação e o uso de certos tipos de argumento (Bulla; Aguiar, 2016; “Gilmar Mendes chama Tribunal Superior do Trabalho de ‘laboratório do PT’”, 2017; “Impeachment foi ‘tropeço da democracia’, diz Lewandowski”, 2016).⁷ O discurso oficial do presidente do tribunal ou mesmo um comentário lateral feito a jornalistas após uma sessão pode indicar insatisfação e resistência judicial futura com o desenrolar de algum plano de ação no Congresso (Arguelhes; Ribeiro, 2015; Davis, 2011).⁸ Essas formas de sinalização têm pesos e alcances distintos, mas, em alguma medida, sempre tomam de emprestado a autoridade da decisão futura para informar (e influenciar) hoje os cálculos dos atores políticos.

[7] Entre muitos exemplos possíveis, em variados contextos, ver as reportagens: Bulla e Aguiar (2016), “Gilmar Mendes chama Tribunal Superior do Trabalho de ‘laboratório do PT’” (2017) e “Impeachment foi ‘tropeço da democracia’, diz Lewandowski” (2016).

[8] Em diversos estudos de *judicial politics*, a imprensa é tipicamente vista como uma arena na qual a *instituição* tem oportunidades para fortalecer sua legitimidade e aumentar os custos de retaliação ou desobediência por parte de outras instituições (p. ex., Staton, 2010). Ou seja, assume-se que a instituição age coletivamente e que seus membros compartilham os mesmos objetivos quando se trata de preservar e aumentar a autoridade do tribunal.

O poder de *definir a agenda* envolve escolher quando julgar um dado tema ou caso, habilitando ou impedindo decisões judiciais em momentos específicos (Epstein; Knight; Shvetsova, 2001; Ginsburg, 2003; Fontana, 2011).⁹ No direito constitucional comparado, a discussão sobre mecanismos de controle de *timing* tem enfatizado, sobretudo, os mecanismos *formais* pelos quais tribunais escolhem que casos julgar (e, com isso, indiretamente determinam quando determinadas questões serão decididas) (Fontana, 2011).¹⁰ Entretanto, independentemente desses poderes formais, a variável que mais afeta a liberdade de o tribunal formar sua agenda é, na prática, se o tribunal está ou não obrigado a decidir (ou, no mínimo, a decidir se decide, como no caso da Suprema Corte dos EUA) dentro de um determinado prazo. Se essa obrigação não existe ou não vincula o tribunal na prática, possuir ou não o poder formal de rejeitar casos se torna pouco relevante (Arguelhes; Hartmann, 2017).¹¹ Afinal, um tribunal sem prazo sequer para decidir se decide pode simplesmente permanecer em silêncio—às vezes durante anos—sobre uma questão inconveniente, mesmo sem poder formalmente dizer que não a decidirá.¹²

Quaisquer que sejam os mecanismos utilizados pelo tribunal para definir o que decidirá, modular o *timing* de uma decisão pode afetar o seu próprio resultado de ao menos três maneiras não excludentes: 1. alterando o contexto político de tomada de decisão e, com isso, a probabilidade de reação ou retaliação de partes derrotadas; 2. interagindo com os mecanismos de indicação para o tribunal, fazendo com que uma composição diferente (possivelmente com preferências diferentes) venha a decidir a questão; 3. por meio do simples silêncio judicial, produzindo fatos consumados e aumentando assim os custos de uma decisão judicial futura que contrarie esses fatos. Para além dos seus efeitos sobre o conteúdo da decisão futura, porém, e independentemente dela, mecanismos de definição de agenda podem afetar o comportamento de atores políticos. Podem sinalizar a (falta de) disposição do tribunal em decidir sobre um determinado assunto, mantendo o *status quo* inalterado apesar dos protestos de uma minoria política. É nessa perspectiva—do seu impacto tanto sobre a substância da decisão futura quanto nos cálculos de atores fora do tribunal—que equiparamos o poder de definir a agenda ao poder de decidir.

Alocação interna, efeitos externos

Na perspectiva ampliada que propomos, portanto, os desenhos institucionais de tribunais diferentes incluirão variados mecanismos para *decidir, sinalizar e definir agenda*. Também é preciso considerar de forma ampliada, porém, não apenas o tipo de poder a ser alocado, mas a própria forma de alocação dentro do tribunal. Tipicamente, assumimos que o exercício do poder judicial será

[9] Assumimos que, assim como políticos e independentemente das muitas diferenças entre o comportamento desses atores, juízes são também atores estratégicos, que modularão sua posição ideal sobre um dado tema a partir de informações sobre o comportamento futuro (incluindo retaliações) de atores políticos com relação suas decisões. Essa premissa tem implicações também para a formação da agenda do tribunal, e escolher os casos certos para o momento político certo é decisivo para o desenvolvimento e manutenção do poder de tribunais constitucionais. Ver Epstein, Knight e Shvetsova (2001), Ginsburg (2003) e Fontana (2011).

[10] Entretanto, mesmo tribunais que não possuem controle discricionário sobre quais casos julgarão (*docket control*) tendem a desenvolver algum tipo de mecanismo ou estratégia indireta para evitar se pronunciar sobre questões difíceis em momentos inconvenientes ou perigosos. Ver Comella (2004).

[11] Ver Arguelhes e Hartmann (2017) para uma interpretação possível do STF como um tribunal desse tipo.

[12] Nessa completa ausência de prazo para a tomada de decisão, surgem inevitáveis suspeitas e críticas quanto aos reais critérios utilizados pelo tribunal e seus membros para selecionar quais casos serão de fato decididos. Ver, por exemplo, Dimoulis e Lunardi (2015) e Arguelhes (2016).

[13] Sem chegar a explorar as maneiras pelas quais esses poderes podem equivaler a decisões, Graber (2013) criticou recentemente a pouca ênfase dada à ação ou ao comportamento individual de juizes nas análises sobre cortes supremas, mesmo quando esses juizes exercem algum tipo de poder de agenda ou de veto por sua posição institucional (por exemplo, como presidentes do tribunal).

[14] Alocações descentralizadas poderiam ser ainda divididas em *exclusivas* (o exercício do poder por um ministro exclui o seu uso por outros—por exemplo, no Supremo, só o relator pode exercer certos poderes, embora qualquer ministro possa, em princípio, ser o relator em um dado processo)—ou *concomitantes* (todos os membros do tribunal podem, em qualquer processo, lançar mão desse poder; é o caso, por exemplo, do poder de pedir vista no Supremo Tribunal Federal).

de alguma forma resultado de uma ação *do tribunal*, formada por algum tipo de mecanismo de agregação que filtrará as posições individuais de cada membro até que se produza a posição *da instituição* ou, no mínimo, *da maioria* de seus membros. Essa premissa, porém, não reflete a diversidade de arranjos possíveis na prática, como o caso do Brasil ilustra bem. Em particular, o que ocorre quando poderes de decisão, agenda e sinalização são alocados a ministros individuais, permitindo que atuem sozinhos no processo decisório fora do tribunal?¹³

Os poderes de agenda, decisão e sinalização podem ser alocados de maneiras *coletivas*, *individuais centralizadas* e *individuais descentralizadas*. Alocações coletivas colocam uma votação majoritária de algum tipo como condição necessária e suficiente para deflagrar um dos poderes mencionados acima. Alocações individuais, em contraste, dependem da ação de um único ministro. Quando essa ação está restrita a um ministro em uma posição institucional específica, falamos em uma ação individual *centralizada*. Essa centralização ocorre em torno de funções que apenas um ministro pode ocupar dentro do tribunal de cada vez—por exemplo, decano ou presidente do tribunal ou de uma das turmas. Por outro lado, quando esse poder pode, em princípio, ser exercido por qualquer ministro, falamos em alocação individual *descentralizada*. São descentralizados os poderes disponíveis, em princípio, aos ministros pela simples condição de ministros, ainda que, em processos específicos, o exercício desse poder seja exclusivo de um ministro (como é o caso dos poderes do relator do processo). Distinções adicionais poderiam ser feitas, mas a diferença chave entre as duas grandes categorias que propomos—alocações centralizadas ou descentralizadas—é que apenas a primeira se refere a uma posição institucional que um ministro ocupa formalmente *no tribunal*, e não apenas para este ou aquele processo.¹⁴

Essas variações internas podem produzir diferentes efeitos externos. Em trabalho anterior, analisamos algumas situações nas quais, no caso do Supremo, um único ministro pode atuar “carregando” e antecipando, com efeitos imediatos, a autoridade da decisão futura do tribunal (Arguelhes; Ribeiro, 2015). Assim como há variação nos poderes disponíveis aos colegiados do STF dependendo do tipo de questão a ser judicializada (p. ex., quem tem legitimidade ativa para provocar a jurisdição do tribunal ou quais os efeitos da decisão do tribunal ao final do processo), é possível que certos poderes sejam alocados de formas diferentes dependendo do tema e/ou do tipo de processo. Para além do processo decisório interno do tribunal, a complexidade desses arranjos cria oportunidades para ação individual sobre a política. No limite, como veremos a seguir,

certas alocações internas acabam permitindo que as preferências de um único ministro moldem o processo político, na prática, com o mesmo peso institucional do tribunal.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA SOMA DE INDIVÍDUOS PODEROSOS?

A Constituição de 1988 desenhou um STF poderoso. Com amplos canais de acesso à jurisdição constitucional por parte de uma série de atores políticos e sociais, somados a uma longa lista de competências, é muito provável que o tribunal tenha a chance de se manifestar, talvez até em tempo real, sobre qualquer tema recém-aprovado ou na ordem do dia no Congresso. Além disso, generosas garantias de independência individuais e institucionais tornam muito alto o custo para retaliar decisões do tribunal. Por cima desse desenho original, sucessivas gerações de ministros vêm expandindo, por interpretações às vezes controversas, o alcance desses poderes e dessas garantias. Por fim, um texto constitucional bastante extenso, combinando tanto cláusulas vagas com conteúdo moral e uma série de regulações detalhadas e pontuais de vários aspectos da administração pública e das relações entre cidadão e Estado, encoraja a judicialização e dá aos ministros parâmetros bastante ampliados de atuação. Esses fatos sobre o STF são bastante conhecidos (Arguelhes; Ribeiro, 2016).¹⁵ Mas como diferentes recursos para influenciar o comportamento de atores políticos, nos termos deste artigo, são alocados dentro do Supremo?¹⁶

Definição de agenda

Os poderes de agenda estão fragmentados e distribuídos em níveis individuais distintos. Um caso só pode ser de fato julgado por uma das turmas ou levado para o plenário para decisão após o relator ter liberado o caso para julgamento e o presidente do tribunal ter incluído o caso em pauta; dentre esses dois mecanismos, o primeiro expressa um poder individual descentralizado e o segundo expressa um poder individual centralizado na figura institucional do presidente.¹⁷ Contudo, mesmo após esses dois mecanismos convergirem para iniciar um julgamento, cada ministro do Supremo tem, na prática, um poder de veto sobre a agenda, que pode ser acionado a qualquer momento após o voto do relator: os pedidos de vista.¹⁸ Formalmente, pedidos de vista ocorrem para que o ministro estude os autos do processo em detalhes e, segundo o regimento, estão sujeitos a um prazo que já foi de quase um mês e, hoje, é de cerca de duas semanas. Contudo, na média, os casos ficam mais de um ano com os ministros—alguns chegam a ficar mais de uma década. Esses longos atrasos não produzem consequência negativa visível para os ministros. Mesmo em casos de grande visibilidade, há registros de pedidos de vista usados para adiar uma decisão inclusive

[15] Para uma discussão mais detalhada dessas dimensões, ver Arguelhes e Ribeiro (2016).

[16] Em princípio, todas as dimensões descritas nesse parágrafo poderiam variar também quanto aos ministros individualmente considerados: quem acessa sua jurisdição individual, que mecanismos têm para exercer poder e quais garantias possuem contra retaliação.

[17] Ver, p. ex., arts. 21, X e 128, §2º do Regimento Interno do STF (RISTF) e Dimoulis e Lunardi (2008).

[18] Ver, p. ex., art. 134 do RISTF.

[19] Para uma análise detalhada dos pedidos de vista como influência individual sobre a agenda do STF, ver Arguelhes e Hartmann (2017).

[20] J. Falcão (2013), por exemplo, narra como o acompanhamento da imprensa influenciou a decisão, do relator e do presidente, de iniciar o julgamento da Ação Penal nº 470 (o “Mensalão”) em 2012.

[21] Para dados sobre duração média dos processos no Supremo, ver Falcão, Hartmann e Chaves (2014).

quando já havia maioria formada *contra* quem pediu a vista (Arguelhes; Hartmann, 2017).¹⁹

Na prática, portanto, para que possa haver uma decisão, é preciso que: 1. o relator libere o caso; 2. o presidente inclua o caso em pauta; e 3. nenhum dos outros ministros decida pedir vista para impedir a conclusão do julgamento. Cada um desses diferentes mecanismos de poder de agenda é, na prática ainda que não na teoria, discricionário (Dimoulis; Lunardi, 2008; 2016; Verissimo, 2008; Arguelhes; Hartmann, 2017). Qualquer um desses atores pode resolver, por qualquer motivo, impedir que o tribunal tome uma decisão. Como ocorre com qualquer outro exercício de poder judicial, certas variáveis informais podem limitar o uso desses poderes—crenças profissionais internalizadas sobre o papel dos juízes no colegiado, pressão dos pares, críticas da comunidade profissional ou da imprensa.²⁰ Esses possíveis limites ainda não foram sistematicamente estudados. Quaisquer que sejam, porém, não têm sido capazes de limitar o controle individual de agenda em casos de alta repercussão. Vale notar ainda que, devido ao vasto número de casos que o Supremo recebe e julga a cada ano, a comunidade profissional, a imprensa e os próprios colegas de tribunal só conseguem acompanhar um conjunto muito limitado de usos de poderes individuais de agenda.

A ausência de prazos vinculantes para o uso desses poderes de agenda os transforma em eficazes mecanismos individuais de interferência no *status quo*, encorajando e viabilizando comportamentos políticos que dependem da manutenção ou alteração desse estado de coisas.²¹ Considere, por exemplo, as ações propostas por Dilma Rousseff, durante e depois do seu impeachment, contestando diretamente a constitucionalidade de seu julgamento pelo Senado (MS 34.193/2016; MS 34.371/2016; MS 34.441/2016). Rousseff foi oficialmente removida em 31 de agosto de 2016, e, no momento de elaboração deste artigo, essas ações sequer foram liberadas para pauta por seus respectivos relatores. Enquanto isso, a política se consolidou sobre o fato do impeachment: eleições municipais ocorreram, emendas constitucionais de alto impacto foram propostas pelo presidente Temer e aprovadas pelo Congresso e até um novo ministro do STF foi indicado e nomeado por um governo que permaneceria, em tese, *sub judice* no tribunal. Mesmo assumindo, realisticamente, que seria improvável que uma maioria no Supremo anulasse o julgamento após o Senado ter removido Dilma do cargo, o completo silêncio judicial transformou o que era improvável em princípio em impossível na prática. O silêncio judicial por controle negativo de agenda poupa os ministros de tomar uma decisão que seria polêmica qualquer que fosse seu conteúdo. E, no STF, o poder de impor esse silêncio está totalmente disseminado, de variadas maneiras, pelos onze ministros.

Sinalização de preferências

A legislação brasileira restringe severamente manifestações públicas de juízes, sobretudo quanto a casos pendentes de julgamento pelo tribunal ou críticas a decisões de outros magistrados.²² No âmbito do Supremo, porém, o cenário é outro. Vários ministros se pronunciam com frequência sobre casos pendentes—e alguns criticam abertamente seus colegas, sem que isso acione qualquer limite ou mecanismos de responsabilização.²³ Em 2013, por exemplo, enquanto uma proposta de emenda que limitaria os poderes do Supremo no controle de constitucionalidade (PEC nº 33/2011) voltou a tramitar no Congresso, quatro ministros se pronunciaram na imprensa sobre o tema. Dos três que criticaram diretamente a proposta, dois chegaram a afirmar que uma emenda desse tipo seria inconstitucional—uma questão jurídica que esses ministros invariavelmente enfrentariam, no futuro, se a eventual emenda fosse aprovada (Arguelhes; Ribeiro, 2015; Pereira, 2017).²⁴ A PEC nº 33/2011 logo perdeu fôlego.²⁵ A sinalização dos três ministros não é o único fator a explicar esse resultado, mas certamente contribuiu para o cálculo dos políticos quanto à probabilidade, direção e intensidade de uma intervenção futura do Supremo.

As sinalizações dos ministros podem ter pesos distintos. Alguns ministros têm mais habilidade para escolher os veículos, as palavras e o *timing* adequados para maximizar o efeito de suas palavras. Outros, talvez por uso excessivo de sinalização, podem ver diminuída a credibilidade de suas palavras/ameaças. E ainda outros, por sua posição institucional—por exemplo, relatores de processos específicos ou o próprio presidente do tribunal—podem atrair mais atenção do público do que seus colegas. O presidente do Supremo, por exemplo, tem algumas prerrogativas individuais centralizadas de sinalização (p. ex., nos discursos de abertura do ano judiciário e em outras manifestações oficiais), além de um capital de atenção pública atrelado ao cargo e um grande poder de agenda para fazer valer suas ameaças.

Contudo, de forma geral, é tão frequente e aparentemente pouco custoso para os outros ministros falar na imprensa sobre casos pendentes que podemos considerar que o poder de sinalização é alocado de forma descentralizada a todos os membros do tribunal. Como não houve, até hoje, qualquer tentativa relevante de disciplinar esse comportamento e torná-lo mais centralizado na figura do presidente ou de manifestações colegiadas, ocorre algo similar ao que observamos no caso do poder de agenda: trata-se de um poder discricionário, à disposição de todos os ministros, sujeito basicamente a estilos, inclinações, estratégias e cautelas (ou ousadias) individuais (Arguelhes; Ribeiro, 2015; Falcão; Arguelhes, 2016).²⁶

[22] Art. 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura (Loman, Lei Complementar nº 35/1979).

[23] Exploramos em mais detalhes essa questão em outro trabalho (Arguelhes; Ribeiro, 2015). De lá para cá, o fenômeno parece ter se intensificado. Recentemente, por exemplo, o ministro Gilmar Mendes fez severas críticas na imprensa a uma liminar do ministro Marco Aurélio e à própria pessoa do ministro (Cantanhêde, 2016).

[24] Os dois ministros nesse caso foram Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Ver Arguelhes e Ribeiro (2015) e Pereira (2017).

[25] Nesse exemplo específico, essas manifestações e pré-julgamentos fora dos autos poderiam, talvez, ser mais compreensíveis pelo fato de a PEC nº 33/2011 envolver a autoridade do próprio tribunal. Do ponto de vista descritivo, porém, o caso mostra com clareza a viabilidade e o potencial efeito de manifestações individuais de ministros sobre temas que o tribunal ainda terá de julgar. Além disso, essas manifestações vêm ocorrendo para além de discussões envolvendo os poderes ou à autoridade do tribunal, abrangendo conflitos de terceiros que o tribunal precisaria arbitrar no futuro. Devemos a Rogério Arantes essa observação.

[26] Mesmo quando não determinam, sozinhas, o comportamento de atores políticos, sinalizações individuais podem fornecer informação decisiva sobre a plausibilidade de certas posições do tribunal na esfera constitucional, encorajando (e às vezes municiando com argumentos) minorias políticas a judicializar questões da conjuntura.

Tomada de decisão

Em várias espécies processuais, de mandados de segurança a ações diretas de inconstitucionalidade, ministros relatores podem decidir liminarmente e monocraticamente certas questões, podendo inclusive suspender a aplicação de leis, atos normativos ou decisões internas do Congresso Nacional.²⁷ Essas decisões, porém, não são geralmente vistas como um verdadeiro poder de atuar individualmente sobre a política, por dois motivos: 1. não abrangeriam, tecnicamente, o mérito do caso, mas apenas providências provisórias urgentes, em hipóteses excepcionais previstas na legislação; 2. o seu exercício está limitado pela supervisão do plenário, e as partes eventualmente prejudicadas por uma liminar monocrática têm recursos para pedir sua revisão por um colegiado. Em trabalho anterior sobre poderes individuais no Supremo, endossamos essa visão reducionista das liminares monocráticas: por depender de confirmação pelo colegiado, esse poder não criaria um espaço realmente livre para atuação individual—ao menos não da mesma forma que os pedidos de vista, por exemplo (Arguelhes; Ribeiro, 2015, pp. 146–151).

Essa leitura deve ser revista. Mais uma vez, temos aqui um poder que, na prática, é bastante diferente do previsto em tese. Primeiro, a distinção entre decisões *liminares* e *definitivas* (de mérito) não se sustenta em termos dos seus efeitos sobre o *status quo*. Dados do projeto “Supremo em números” sobre a duração de decisões liminares no STF mostram que elas haviam permanecido em vigor por, em média, mais de dois anos até uma decisão “final”—ou seis anos no caso de ações diretas de inconstitucionalidade. Quando consideradas apenas as liminares ainda vigentes ao final de 2013, a média passava de seis anos—e chegava a treze anos no caso das ADIS (Falcão; Hartmann; Chaves, 2014). Nesse cenário, perde muita relevância prática a distinção entre “decisões liminares” e “decisões finais/de mérito” quanto aos seus efeitos sobre a política.²⁸

Segundo, o controle pelo plenário não parece ser realmente eficaz para impedir que as decisões individuais se consolidem como *status quo*. O número de decisões liminares monocráticas, no Supremo, é hoje muito maior do que o número de decisões liminares colegiadas (Hartmann; Ferreira, 2015).²⁹ Entre 2010 e 2017, foram 20.830 decisões monocráticas referentes a liminares, excluídas as do presidente, em uma média de 2.603 por ano—cerca de 260 por ministro/ano (Brasil, 2018). Considere, em contraste, que, no mesmo período, o plenário e as duas turmas do tribunal tomaram apenas 177 decisões liminares (Brasil, 2018). Isso é verdade inclusive para o controle concentrado de constitucionalidade—883 decisões monocráticas liminares, incluindo presidência e vice-presidência entre 2012 e 2016, com uma média de oitenta por ministro/ano. Mais ainda, na última década, mais

[27] Ver, p. ex., Leinº 9.868/1999, art. 6º, §2º; art. 9º, §3º; art. 10, §1º e art. 12, além de RISTF, art. 21, IV, art. 17º.

[28] Agradecemos a Ivar Hartmann por nos fornecer esses dados.

[29] Para uma discussão geral de vários indicadores, ver Hartmann e Ferreira (2015).

de 90% de *todas* as decisões liminares em controle concentrado foram monocráticas.³⁰

Nesse grande volume de decisões, e considerando o espaço limitado da pauta do STF, não é surpreendente que longos períodos de tempo se passem até que o plenário ou as turmas possam se manifestar sobre liminares monocráticas. Entre 2007 e 2016, passaram-se em média 1.278 dias entre uma decisão liminar monocrática, em controle concentrado, e a primeira oportunidade de manifestação colegiada no mesmo processo.³¹ Considerando-se apenas as decisões *concessivas* de liminares, a média é de 797 dias. Para além do controle concentrado, considerando todas as classes processuais no período de 2012 a 2016, passaram-se em média 617 dias entre a concessão monocrática de uma medida liminar e a primeira oportunidade de apreciação por um colegiado. No mesmo período, nos casos em que a liminar monocrática concessiva foi seguida de uma decisão declarando o julgamento prejudicado, o tempo de vigência da referida liminar foi, na média, de 767 dias.

No desenho institucional em tese, a supervisão pelo plenário seria a melhor aposta de controle desse poder individual. Os ministros individuais seriam agentes do plenário, decidindo com urgência de modo a preservar a autoridade futura da decisão colegiada, que poderia sempre discordar da liminar e revogá-la. Na prática, porém, pela interação entre poderes de agenda e poderes de decisão, a supervisão do plenário acaba se tornando opcional. O relator do processo pode impedir que sua liminar seja liberada para apreciação pelo colegiado. Mesmo quando a parte prejudicada recorre da liminar, o relator da liminar atacada também controla quando esse recurso estará liberado para decisão do plenário—a quem caberia, em tese, controlar sua atuação individual.³² Ao manter o caso fora da apreciação do plenário, o relator que deu a liminar individual pode impedir qualquer risco de revogação, seja diretamente (bloqueando a possibilidade de decisão, *evitando* o plenário) ou indiretamente (criando fatos consumados que aumentarão muito os custos de reverter sua liminar, *emparedando* o plenário).³³

Considere, por exemplo, a liminar monocrática pela qual o ministro Fux suspendeu e mandou à Câmara dos Deputados, em 14 de dezembro de 2016, o pacote legislativo das “10 medidas contra a corrupção”, que havia acabado de chegar ao Senado. Recorrendo a argumentos inéditos, sem precedentes na jurisprudência do STF sobre processo legislativo, Fux determinou aos presidentes das casas do Congresso que desconsiderassem a tramitação e as votações que haviam ocorrido até ali, para que o processo legislativo pudesse ocorrer, desde o início, de forma a respeitar a “essência” da proposta de iniciativa popular. Em 16 de fevereiro de 2016, após os dois meses de recesso e de vigência da

[30] Os dados referentes ao controle concentrado no período de 2012 a 2016 foram obtidos junto ao projeto “Supremo em números”, com a colaboração de Ivar Hartmann. Ver também Falcão, Hartmann e Chaves (2014).

[31] Dados do projeto “Supremo em números”, com a colaboração de Ivar Hartmann.

[32] Ver, p. ex., RISTF art.21, IV e art. 315.

[33] Para uma discussão mais detalhada e mais exemplos, Arguelhes e Ribeiro (no prelo). Vale notar que, mesmo que o relator decida liberar o processo para julgamento, o plenário do STF tem recursos escassos para dar conta de todas as decisões individuais que precisariam ser monitoradas. Em reportagem recente, Felipe Recondo (2018) apurou que, no final de 2017, havia oitocentos processos na fila de julgamento do plenário do Supremo, sendo que, ao longo das 81 sessões daquele ano, o tribunal só havia conseguido julgar 108 casos.

liminar, o presidente do Senado devolveu o projeto de lei à Câmara. Pouco tempo depois, Fux extinguiu o processo por considerar que o retorno do projeto à Câmara era suficiente para remediar o que havia considerado violações ao processo legislativo previsto na Constituição. Por liminar monocrática em mandado de segurança, portanto, um ministro anulou *toda* a tramitação de um projeto de lei na Câmara e fez o processo recomeçar do zero; algo que já seria inédito na jurisprudência constitucional *com uma decisão colegiada* foi feito sem qualquer participação relevante do plenário.

Situação semelhante ocorreu com a controversa liminar do ministro Gilmar Mendes suspendendo a nomeação do ex-presidente Lula como ministro de Dilma Rousseff (Medina e Almeida, 2016).³⁴ Nas três semanas (18 de março a 7 de abril) que se passaram até que ele liberasse a questão para julgamento, Dilma já havia sido suspensa provisoriamente do cargo, ficando prejudicada a questão. Por uma liminar monocrática, portanto, um ministro anulou a nomeação de um ministro de Estado, em um momento crítico para o destino do governo Dilma. O plenário não se pronunciará sobre questão tão decisiva para os rumos do país e para o direito constitucional brasileiro—tudo que temos é a decisão liminar de Gilmar Mendes (Pereira, 2017).

Ministro decide individualmente, e ministro decide individualmente se e quando poderá haver decisão colegiada sobre sua decisão individual: esse “loop” entre poder de agenda e poder de decisão individual tem sido decisivo para entender a atuação do STF na política brasileira, muito além das situações “excepcionais” previstas na legislação. Monocraticamente, Marco Aurélio determinou que o presidente da Câmara reconsiderasse seu arquivamento de um pedido de impeachment contra o então interino presidente Temer.³⁵ Monocraticamente, Fux determinou o pagamento de auxílio-moradia para a magistratura brasileira—um incremento salarial de legalidade questionável.³⁶ Essas não são questões politicamente menores nem casos em que claramente há um direito individual a sofrer danos irreparáveis. O que quer que a legislação diga sobre como esses poderes deveriam ser usados, o fato é que os ministros têm conseguido neutralizar os próprios mecanismos de controle pelos quais a maioria do tribunal eventualmente faria valer os critérios legais.

Assim, liminares monocráticas—justificadas em princípio como um mecanismo para *garantir a autoridade futura da decisão do plenário*—podem ser utilizadas no sentido oposto, para neutralizar o controle do plenário sobre uma ação estritamente individual que, hoje, produz efeitos no mundo tomando para si a autoridade da decisão futura que talvez nunca chegue. Na prática, esse loop permite aos ministros realizar o que podemos chamar de “*judicial review* individual”, bloqueando iniciativas políticas, ainda que amplamente majoritárias, sem que a

[34] Ver Medina e Almeida (2016).

[35] MS 34.087. A liminar foi dada em 5 de abril de 2016 e liberada pelo relator para julgamento em 17 de maio (Scocuglia, 2016). Até o momento da entrega deste artigo, o STF ainda não havia se pronunciado sobre essa liminar.

[36] Desde que Fux tomou sua decisão (AO n° 1.773) em 2014, cada juiz brasileiro tem recebido um adicional de aproximadamente R\$ 4,3 mil. De acordo com uma estimativa, entre a decisão liminar de novembro de 2016, o custo total desses pagamentos para o orçamento federal chegou a 289 milhões de reais por ano (Scocuglia, 2016). Em dezembro de 2017, mais de três anos após sua liminar individual, Fux liberou o processo para julgamento pelo plenário.

supervisão do plenário ou mesmo outros limites previstos na legislação impeçam essa atuação individual. Há diversos exemplos visíveis na última década, além dos casos mencionados acima, de liminares individuais de grande impacto político que não foram levadas ao plenário ao longo de meses e anos.³⁷

A MINISTROCRACIA E SUAS IMPLICAÇÕES:

“SUPER CONTRAMAJORITARISMO”, CONTINGÊNCIA E CAPTURA

Neste trabalho, não temos a pretensão de testar hipóteses empíricas específicas. Nosso objetivo é formular uma interpretação mais geral das formas e mecanismos de atuação do Supremo na política nacional, reconstruindo-o como um tribunal intensamente poroso à ação individual direta de seus ministros sobre o *status quo* legislativo. Sem dúvida, ainda há muito a ser investigado empiricamente sobre o comportamento dos ministros e sua combinação em decisões colegiadas no uso desses poderes. As evidências disponíveis, porém, são mais do que suficientes para nossos fins. De fato, de um lado, ministros do Supremo conseguiram decidir individualmente casos da magnitude política dos exemplos dados acima, sem qualquer controle ou retaliação relevante pelo plenário. De outro, há um grande número de liminares individuais que permanecem por meses e anos sem apreciação do plenário—o que indica que seu uso parece ser frequente, para além dos casos mais visíveis. Entre essas duas constatações, o ônus da prova deve caber a quem afirma que esse poder decisório individual não seria relevante. Se ministros individuais moldaram o *status quo* legislativo mesmo em casos tão sensíveis politicamente, é difícil imaginar que eles estariam mais limitados, em sua atuação, nas centenas de outras liminares que decidem por ano sobre temas mais distantes da pauta e da atenção nacionais.

No início de 2017, houve um período de particular visibilidade dessa estrutura profunda do tribunal. De janeiro a fevereiro, o país ficou às voltas com as implicações políticas da morte do ministro Teori Zavascki. A primeira, mais específica, dizia respeito a como seria escolhido o novo relator dos processos relativos à Operação Lava Jato, posição que Zavascki ocupava. A segunda, mais geral, envolvia quem o presidente Temer indicaria para a vaga no STF. A incerteza gerada por esses dois pontos ilustra bem os problemas descritos nesse trabalho. De um lado, parecia que o destino da Operação Lava Jato dependeria, em larga medida, da definição de quem seria o novo relator do processo. De outro, a vaga aberta carregava consigo a clara possibilidade de impactos de curto prazo sobre a conjuntura política. Pedidos de vista, relatorias estratégicas para o governo, manifestações na imprensa em momentos-chave: para a Lava Jato, o perigo

[37] Criticando o “ativismo arbitrário” dos ministros do Supremo, Dimoulis e Lunardi (2016) apontam como exemplos a liminar monocrática da ministra Cármen Lúcia suspendendo as novas regras legislativas quanto aos *royalties* do petróleo em 2013 e a liminar monocrática do ministro Joaquim Barbosa, então presidente do STF, suspendendo emenda constitucional que criou novos Tribunais Regionais Federais. Ambas as liminares ainda não foram apreciadas pelo plenário do STF.

da definição do relator é enorme; para o governo, a utilidade de uma única indicação para o STF é incalculável.

Embora alguns ministros sejam particularmente agressivos no uso desses mecanismos de ação individual, esses problemas não surgem pelo comportamento excepcional deste ou daquele ministro. Ao contrário, o desenho e a prática do STF libertam o comportamento individual e ampliam o seu alcance, de maneiras que provavelmente continuarão por muito tempo, mesmo após mudanças na composição atual. Alguns meses após ter sido confirmado na vaga de Teori Zavascki, o ministro Alexandre de Moraes pediu vista em um processo envolvendo uma reinterpretação restritiva das hipóteses de foro por prerrogativa de função (“foro privilegiado”) na Constituição (Souza; Brígido, 2017). O pedido de vista surgiu em um contexto de crescentes avanços da Operação Lava Jato sobre lideranças políticas da maioria no Congresso e integrantes do alto escalão do governo Temer. Moraes manteve o processo consigo por cerca de três meses—um período relativamente curto considerando a duração média de pedidos de vista, mas bastante significativo no contexto da crise política atual no Brasil. Moraes, como qualquer outro ministro, possui meios de adiar, individualmente, uma decisão do tribunal sobre um tema. De fato, tão logo o plenário voltou a discutir a questão, em novembro de 2017, o ministro Toffoli pediu vista, suspendendo novamente o julgamento.

Diante de seus ministros, portanto, o Supremo não parece tão supremo assim. Mostramos que o STF aloca de maneira individual e descentralizada uma série de poderes individuais de agenda, de sinalização e mesmo de decisão formal. A experiência brasileira recente, envolvendo alguns dos mais importantes conflitos políticos que já chegaram ao STF desde a redemocratização, sugere que o uso de poderes depende muito mais da virtude individual do que de mecanismos institucionais de controle. E, enquanto o plenário não se pronuncia sobre essas ações individuais mais ou menos virtuosas, ministros solitários mudam o *status quo* e moldam a política nacional. Esse cenário está em conflito direto com algumas das categorias que tipicamente usamos para pensar o papel do STF na democracia brasileira. Nesta última seção, exploraremos algumas dessas tensões e implicações.

Tribunais constitucionais são tipicamente justificados a partir de dois grandes argumentos: a proteção de minorias contra possíveis tiranias da maioria (atuação contramajoritária) e a promoção de estabilidade das regras do jogo. A primeira fundamentação é substantiva: o tribunal desempenha um papel específico de interpretar as divergências a respeito do significado dos direitos fundamentais constitucionalizados, dificultando sua violação por majorias legislativas e governos eleitos. A segunda é procedimental: o tribunal constitucional aumenta os custos de alteração *ad hoc* das regras do processo decisório,

conferindo maior segurança aos atores políticos e sociais. Em ambos os casos, o tribunal promove esses objetivos de maneira semelhante a outros mecanismos institucionais como bicameralismo, vetos presidenciais, regras para obstrução do processo legislativo e voto de confiança: impedindo que uma “maioria legislativa pura” seja suficiente para alterar o *status quo*. Essas duas dimensões normativas vêm gerando há décadas perguntas empíricas (Schwartzberg; 2013; Pasquino, 2014); os tribunais são de fato contramajoritários? Em que condições podem de fato tornar mais custosa a ação de maiorias legislativas?³⁸

[38] Ver Schwartzberg (2013) e Pasquino (2014).

Em análise pioneira da Suprema Corte dos EUA, Robert Dahl (1957) sustentou que a atuação “contramajoritária” do tribunal seria, na verdade, excepcional na prática. Sendo os ministros indicados pelo presidente e sabatinados no Senado, seus posicionamentos sobre diversas questões de justiça não seriam muito diferentes dos posicionamentos da própria elite política. Os poucos exemplos de atuação de fato contramajoritária ocorreriam quando a maioria governante tivesse insuficientes oportunidades de indicar ministros para o tribunal, pois nesse caso haveria menor congruência entre as preferências dos atores políticos (atuais) e os ministros (indicados por forças políticas do passado). Nessa perspectiva, o tribunal, como instituição, não é necessariamente contramajoritário ou majoritário: sua atuação a favor ou contra o que a maioria governante pretende dependerá do grau de congruência entre suas preferências e as preferências dos demais atores.

O *insight* fundamental de Dahl, para além do caso dos EUA, é a ideia de que as *preferências* da composição tribunal constitucional, formadas no processo de indicação de seus membros ao longo do tempo, são variável-chave para observar seu comportamento na política. Esse *insight* informa as análises descritivas sobre a atuação dos tribunais constitucionais no processo político democrático. Além disso, também é utilizado como um tipo de antídoto—ou, ao menos, calmante—para preocupações excessivas com a “dificuldade contramajoritária”: enquanto presidentes e legisladores eleitos determinarem a composição do tribunal ao longo do tempo, grandes descompassos entre decisões judiciais e preferências majoritárias seriam exceção, e não a regra (Melo, 2013).³⁹

[39] Ver, p. ex., Melo (2013).

Contudo, em estudos que adotam a perspectiva de Dahl, a unidade de análise costuma ser o tribunal como ator coletivo. Ministros individuais importam apenas como um voto, em uma dada composição, mas os resultados das decisões judiciais são contingentes às preferências *majoritárias* do próprio tribunal. No limite, um juiz individualmente é relevante somente se sua posição for decisiva para a formação da maioria interna ao tribunal. A palavra do tribunal é contingente por depender do lado que tende o pêndulo da maioria (por exemplo, no

caso dos EUA, mais “conservadora” ou mais “liberal”). Essa contingência, porém, é compatível com uma certa estabilidade: cada voto tem o mesmo peso, cada indicação para a corte só altera um voto, e somente uma maioria pode fazer a corte atuar contramajoritariamente.

Entretanto, a possibilidade de ação individual *contra uma maioria interna do tribunal* gera complicações para essa moldura conceitual. De um lado, quando um único ministro se torna suficiente para *impedir* mudanças no *status quo* político, temos na prática um sistema no qual uma única indicação política para o Supremo, mesmo que tenha sido feita há décadas, pode produzir um ponto de veto permanente dentro do tribunal. O relator de um caso pode impedir, indefinidamente, que o tema vá para discussão no plenário; e, caso chegue no plenário, um único ministro pode pedir vista e bloquear a decisão. A alocação individual descentralizada de poderes de definição de agenda é suficiente para impedir um tribunal de agir contra majorias legislativas eventuais mesmo quando haveria, naquele momento, uma composição com maioria interna para realizar *judicial review*. Tomando por base as preferências majoritárias do tribunal, teríamos um “falso negativo” no exercício do poder judicial.

De outro lado, quando a ação de um único ministro é suficiente para impedir majorias legislativas eventuais de aprovar mudanças no *status quo*—seja diretamente, no caso de “*judicial review* individual” pelo relator, seja indiretamente por meio de ameaças e sinalizações na imprensa—teríamos um “falso positivo” no exercício do poder judicial. Isto é, controle de constitucionalidade sem uma maioria de votos dos membros do tribunal. Esse cenário pode ser considerado particularmente problemático em termos da teoria constitucional e da teoria democrática convencionais, já que a atuação judicial seria aqui duplamente contramajoritária—contra a maioria legislativa externa e contra a maioria judicial interna (Arguelhes; Ribeiro, 2015; Arguelhes; Ribeiro, no prelo).⁴⁰

Em ambos os cenários, a política constitucional será contingente à preferência do ministro que, para cada processo, para cada disputa levada ao STF, tiver à sua disposição os poderes relevantes para vetar ou implementar mudanças no *status quo*. A contingência seria menor se essas decisões envolvessem casos com respostas consensuais, com pouca variância dentro do próprio STF. Não parece ser o caso, porém, nos exemplos examinados ao longo deste trabalho. Questões juridicamente controversas e politicamente decisivas podem ter resultados completamente diferentes—desde um completo silêncio judicial a um exercício de *judicial review* individual—, dependendo de quem for o ministro relator, por exemplo. Sem o filtro da maioria, a decisão majoritária ou contramajoritária torna-se mais incerta e imprevisível, e o poder do controle de constitucionalidade fica mais difícil de justificar.

[40] Exploramos mais este ponto, em uma perspectiva de teoria constitucional, em Arguelhes e Ribeiro (2015; no prelo).

Por fim, em qualquer cenário, esse poder individual descontrolado, combinado a mecanismos de *accountability* individual inoperantes na prática, amplifica alguns dos perigos associados a instituições independentes. Em especial, aumenta-se o risco de captura da ação de ministros por grupos de interesse ao redor do tribunal. Embora no Brasil o tema seja discutido de forma sistemática no caso de agências reguladoras e outras instituições independentes, o risco de captura não recebe atenção devida quando se trata de tribunais, em especial do STF. Não há, porém, nenhuma razão para imaginar que o tribunal está imune. Ao contrário, a alocação individual descentralizada de poderes, característica do STF, torna os ministros alvos mais fáceis e mais vantajosos: qualquer ministro sozinho tem em suas mãos o poder de veto, e o relator é suficiente tanto para o veto quanto, com frequência, para o próprio exercício de controle de constitucionalidade.

Por trás do poder do STF sobre outras instituições políticas e judiciais do país, portanto, há uma profunda fragmentação interna com graves implicações externas. Ao longo da última década, consolidou-se uma literatura crítica sobre o individualismo nas deliberações e decisões do tribunal.⁴¹ Neste trabalho, nosso foco esteve nos efeitos *para fora* de ações individuais no processo decisório—uma agenda complementar, e não substitutiva, à literatura já existente sobre individualismo nas decisões colegiadas do STF. Ministros individuais, se quiserem, podem moldar resultados na política, especialmente se lhes couber a relatoria do caso. Há pouco que o tribunal pode fazer que, nas condições certas, um ministro individual não possa também conseguir—e, até o momento, parece haver menos ainda que o tribunal coletivo possa fazer quando ministros individuais usurpam da maioria a chance de exercer poder. Se a “supremocracia” tem sido medida em termos de concentração de poder e capacidade de resolver conflitos políticos, é preciso começar a discutir nossa “ministrocracia” nos mesmos termos.

DIEGO WERNECK ARGUELHES é doutor em direito pela Universidade Yale e professor pesquisador da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Foi Hauser Global Research Fellow na Universidade de Nova York (NYU). Responsável pelos argumentos principais do artigo e pela redação do mesmo.

LEANDRO MOLHANO RIBEIRO é doutor em ciência política pelo IUPERJ/Ucam e professor pesquisador da FGV Direito Rio. Corresponsável pelos argumentos principais do artigo e pela redação do mesmo.

[41] Ver, p. ex., Vojvodic, Machado e Cardoso (2009), Mendes (2012; 2017), Silva (2013; 2017), além de estudos empíricos (p. ex., Oliveira, 2012b) e debates recentes (Silva, 2015; 2016; Almeida; Bogossian, 2016) sobre o peso do relator nas deliberações no STF.

Recebido para publicação em 3 de julho de 2017.

Aprovado para publicação em 15 de fevereiro de 2018.

NOVOS ESTUDOS

CEBRAP

110, jan.–abr. 2018

pp. 13-32

REFERÊNCIAS

- Almeida, Danilo dos Santos; Bogossian, Andre Martins. "Nos termos do voto do relator: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF". *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 2, pp. 264–297, 2016.
- Arguelhes, Diego Werneck. "STF e Cunha: quem decide quando quer, ouve o que não quer". In: Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego Werneck; Recondo, Felipe (Orgs.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2016.
- Arguelhes, Diego Werneck; Hartmann, Ivar A. "Timing Control without Docket Control: How Individual Justices Shape the Brazilian Supreme Court's Agenda". *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, pp. 105–140, 2017.
- Arguelhes, Diego Werneck; Ribeiro, Leandro Molhano. "O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político". *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, p. 121–155, 2015.
- _____. "Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988". *Direito GV*, v. 12, n. 2, pp. 405–440, 2016.
- _____. "The Court, It Is I? Individual Judicial Review in the Brazilian Supreme Court and Its Implications for Constitutional Theory". *Global Constitutionalism*, no prelo.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. "Estatísticas do STF: Decisões". *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>. Acesso em: 3 mar. 2018.
- Brouard, Silvain; Hönnige, Christoph. "Constitutional Courts as Veto Players: Lessons from the United States, France and Germany". *European Journal of Political Research*, v. 56, pp. 529–552, 2017.
- Bulla, Beatriz; Aguiar, Gustavo. "Meu Deus do céu! Essa é a nossa alternativa de poder", diz ministro do STF sobre PMDB". *Folha de S. Paulo*, 31 mar. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,meu-deus-do-ceu-essa-e-a-nossa-alternativa-de-poder--diz-ministro-do-stf-sobre-pmdb,1000024095>. Acesso em: 3 mar. 2018.
- Cantanhêde, Eliane. "Gilmar: Liminar foi ilegal". *O Estado de S. Paulo*, 6 dez. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/eliane-cantanhede/gilmar-liminar-foi-ilegal>. Acesso em: 3 mar. 2018.
- Comella, Victor Ferreres. "The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism". *Texas Law Review*, n. 82, pp. 1705–1736, 2004.
- Dahl, Robert Alan. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker". *Journal of Public Law*, n. 6, pp. 279–295, 1957.
- Davis, Richard. *Justices and Journalists: The U. S. Supreme Court and the Media*. Nova York: Cambridge University Press, 2011.
- Dimoulis, Dimitri; Lunardi, Soraya Regina Gasparetto. "Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto) criação do processo objetivo". Congresso Nacional do Conpedi, 17.2008, Brasília. *Anais...* Brasília: Conpedi, 2008. pp. 4.357–4.377.
- _____. "A tendência passivista do Supremo". In: Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego Werneck; Recondo, Felipe (Orgs.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2016.
- Epstein, Lee; Jacobi, Tonja. "The Strategic Analysis of Judicial Decisions". *Annual Review of Law and Social Science*, v. 6, pp. 341–358, 2010.
- Epstein, Lee; Knight, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington, DC: CQ Press, 1998.
- Epstein, Lee; Knight, Jack; Martin, Andrew D. "The Supreme Court as a Strategic National Policymaker". *Emory Law Journal*, v. 50, pp. 538–611, 2001.
- Epstein, Lee; Knight, Jack; Shvetsova, Olga. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government". *Law and Society Review*, pp. 117–164, 2001.
- Falcão, Joaquim. "Direito, mídia e opinião pública", In: _____ (Org.) *Mensalão: diário de um julgamento*. São Paulo: Campus, 2013. pp. 7–13.
- Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego Werneck. "O invisível Teori Zavascki e a fragmentação do Supremo: uma retrospectiva de 2015". In: Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego Werneck; Recondo, Felipe (Orgs.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2016. pp. 21–29.
- _____. "Onze Supremos, todos contra o plenário". In: Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego; Recondo, Felipe (Orgs.). *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017. pp. 20–29.
- Falcão, Joaquim; Hartmann, Ivar Alberto; Chaves, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.
- Falcão, Márcio. "Lewandowski diz que STF pode julgar mérito do impeachment". *Folha de S. Paulo*, 9 maio 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1769533-lewandowski-diz-que-stf-pode-julgar-merito-do-impeachment.shtml>. Acesso em: 2 mar. 2018.
- Fontana, David. "Docket Control and the Success of Constitutional Courts". In: Ginsburg, Tom; Dixon, Rosalind (Orgs.). *Comparative Constitutional Law*. Londres: Edward Elgar, 2011. pp. 624–641.
- "Gilmar Mendes chama Tribunal Superior do Trabalho de 'laboratório do PT'". *G1*, 3 abr. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/gilmar-mendes-chama-tribunal-superior-do-trabalho-de-laboratorio-do-pt.ghtml>. Acesso em: 3 mar. 2018.
- Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Nova York: Cambridge University Press, 2003.
- Graber, Mark. "The Coming Constitutional Yo-Yo? Elite Opinion, Polarization, and the Direction of Judicial Decision Making". *Howard Law Journal*, v. 56, n. 3, p. 661–, 2013.
- Hartmann, Ivar Alberto; Ferreira, Livia da Silva. "Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo". *Revista Opinião Jurídica*, v. 13, n. 17, pp. 268–283, 2015.

- "Impeachment foi 'tropeço da democracia', diz Lewandowski". *Folha de S. Paulo*, 29 set. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/09/1817948-impeachment-foi-tropeco-da-democracia-diz-lewandowski.shtml>. Acesso em: 3 mar. 2018.
- Medina, Damares; Almeida, Eloísa. "A incomum liminar de Gilmar Mendes". *Nexo*, 19 mar. 2016. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2016/A-incomum-decis%C3%A3o-liminar-de-Gilmar-Mendes>. Acesso em 15 jan. 2018.
- Melo, Marcus André. "Mudança constitucional no Brasil: dos debates sobre emendamento na constituinte à 'megapolítica'". *Novos Estudos—Cebtrap*, n. 97, pp. 187-206, 2013.
- Mendes, Conrado Hübner. "O projeto de uma corte deliberativa". In: Vojvodic, Adriana *et al.* (Orgs.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. "The Supreme Federal Court of Brazil". In: Jakab, András; Dyevre, Arthur; Itzcovich, Giulio (Orgs.). *Comparative Constitutional Reasoning*. Nova York: Cambridge University Press, 2017.
- Oliveira, Fabiana Luci. "Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e 'panelinhas'". *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 44, pp. 139-153, 2012a.
- _____. "Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, n. 80, pp. 89-254, 2012b.
- Pasquino, Pasquale. "Majority Rules in Constitutional Democracies". In: Novak, Stéphanie; Elster, Jon (Orgs.). *Majority Decisions: Principles and Practices*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. pp. 219-235.
- Pereira, Thomaz. "Lula Ministro e o silêncio do Supremo". In: Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego; Recondo, Felipe (Orgs.). *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017.
- "Quem é Gilmar Mendes, dono do voto de minerva que absolveu Temer". *Terra*, 9 jun. 2017. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/quem-e-gilmar-mendes-dono-do-voto-de-minerva-que-absolveu-temer,e4597bo4d151d58ec815cb76c4f8712cbns62ewa.html>. Acesso em: 2 mar. 2018.
- Recondo, Felipe. "Supremo julgou 1,35 processo por sessão em 2017". *Jota*, 4 jan. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/supremo-julgou-135-processo-por-sessao-em-2017-04012018>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- Ribeiro, Leandro Molhano; Arguelhes, Diego Werneck. "Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro". *Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, pp. 85-121, 2013.
- Schwartzberg, Melissa. *Counting the Many: The Origins and Limits of Supermajority Rule*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Scocuglia, Livia. "Marco Aurélio libera para julgamento pedido de impeachment de Temer". *Jota*, 17 maio 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/marco-aurelio-libera-para-julgamento-pedido-de-impeachment-de-temer-17052016>. Acesso em: 3 mar. 2018.
- Silva, Virgílio Afonso. "Deciding without Deliberating". *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, pp. 557-584, 2013.
- _____. "Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal". *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015.
- _____. "O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian". *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 2, pp. 648-669, 2016.
- _____. "Do We Deliberate? If So, How?". *European Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, pp. 209-240, 2017.
- Souza, André de; Brígido, Carolina. Souza, André de; Brígido, Carolina. "Moraes pede vista em julgamento do STF que discute foro privilegiado". *O Globo*, 1 jun. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moraes-pede-vista-em-julgamento-do-stf-que-discute-foro-privilegiado-21423765>. Acesso em: 3 mar. 2018.
- Staton, Jeffrey K. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Sweet, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Taylor, Matthew. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.
- Tsebelis, George. *Veto Players: How political institutions work*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002.
- Verissimo, Marcos Paulo. "A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial 'à brasileira'". *Direito GV*, v. 4, n. 2, pp. 407-440, 2008.
- Vieira, Oscar Vilhena. "Supremocracia". *Direito GV*, v. 4, n. 2, pp. 441-463, 2008.
- Vojvodic, Adriana; Machado, Ana Mara; Cardoso, Evorah Luci Costa. "Escrevendo um romance, primeiro capítulo: processo decisório e precedentes no Supremo Tribunal Federal". *Direito GV*, v. 5, n. 1, pp. 21-44, 2009.
- Whittington, Keith E. "Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by The United States Supreme Court". *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, pp. 583-596, 2005.

O investimento em educação e pesquisa sempre foi uma das forças motrizes da **Fundação Carlos Chagas** (FCC), que, ao longo de sua história, tem sido protagonista de muitas ações no campo educacional.

Por meio de seu Departamento de Pesquisas Educacionais, a FCC tem se dedicado a programas de investigação sobre temas direta ou indiretamente relacionados à educação, envolvendo avaliação, seleção de pessoas, políticas públicas, formação e trabalho docente, direitos sociais, relações étárias, de gênero e raciais.

CADERNOS DE PESQUISA (CP), ESTUDOS EM AVALIAÇÃO EDUCACIONAL (EAE) e TEXTOS FCC são publicações da FCC que divulgam a produção científica do campo educacional.

Além dessas publicações, a FCC apoia e financia a revista NOVOS ESTUDOS CEBRAP.

 **Fundação Carlos Chagas**

fcc.org.br

