

ANA LAURA PEREIRA BARBOSA

**Decidindo (não) decidir: Instrumentos de influência individual na definição
da agenda e do tempo dos julgamentos no STF**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Conrado Hübner Mendes

SÃO PAULO

2020

ANA LAURA PEREIRA BARBOSA

**Decidindo (não) decidir: Instrumentos de influência individual na definição
da agenda e do tempo dos julgamentos no STF**

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Conrado Hübner Mendes.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

Barbosa, Ana Laura Pereira

Decidindo (não) decidir: Instrumentos de influência individual na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF ; Ana Laura Pereira Barbosa ; orientador Conrado Hübner Mendes -- São Paulo, 2020. 209 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Supremo Tribunal Federal. 2. Legitimidade democrática. 3. Desenho institucional. 4. Pauta de julgamento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais, Neuza e Jorge, por tornarem seus os meus sonhos. Pelo amor, pela compreensão, e por acreditarem em mim, apoiarem e se orgulharem de minhas escolhas. Por se acostumarem a tantas viagens a São Paulo desde que iniciei a graduação, e por suportarem a distância e a saudade durante a pandemia.

A meu orientador, Conrado Hübner Mendes, pelas diretrizes e pelo imprescindível apoio durante o aprimoramento da pergunta de pesquisa e execução do trabalho. Seu incentivo para que encarasse o desafio de uma pesquisa teórico-normativa, bem como sugestões de bibliografia e de estrutura foram essenciais para o resultado final.

Aos profs. Diego Werneck Arguelhes e Fabiana Luci de Oliveira, por aceitarem o convite para compor minha banca de qualificação, bem como aos profs. Juliana Cesario Alvim e Virgílio Afonso da Silva, por complementarem a composição da banca de defesa. Agradeço por todos os comentários, que em muito contribuíram para a versão final deste trabalho.

À equipe do Supremo em Pauta, Eloisa Machado, Rubens Glezer e Luiza Pavan Ferraro, por todo apoio, acolhimento e pelos dias de folga que foram essenciais para o fôlego dos momentos finais de redação. Com especial carinho, agradeço a Rubens Glezer; meu primeiro orientador na vida, e responsável não só por me apresentar a este apaixonante tema, ainda na Escola de Formação, como também por colaborar intensamente para minha formação como pesquisadora, docente e profissional. Ao prof. Oscar Vilhena Vieira, agradeço pela confiança, e por todas as generosas oportunidades de aprendizado. A Nikolay Henrique Bispo e Luciana de Oliveira Ramos, agradeço pela a generosidade e disposição para conversar sobre o tema ao longo desses anos.

A Luiz Fernando Gomes Esteves, pela atenção, alento, pelas inúmeras revisões e conversas travadas sobre o tema, que coloriram este trabalho. Por ter sido um interlocutor genial, gentil e paciente. Sorte tenho eu por caminhar juntos e pelo privilégio de ter seu amor colorindo e preenchendo com sua genialidade também o restante de minha vida.

Aos colegas do grupo Constituição, Política e Instituições (copi), por viabilizarem e construírem um frutífero ambiente de diálogo acadêmico, com especial agradecimento ao prof. Virgílio Afonso da Silva, Fernanda Mascarenhas, Artur Pericles Monteiro, João Pedro Hoffert Monteiro de Lima, Lívia Gil Guimarães e Natália Langenegger.

A todos os participantes e colegas que estiveram presentes nas reuniões do Pós-debate/USP e do Núcleo de Justiça e Constituição/FGV Direto SP, em que discuti versões

preliminares de capítulos desta dissertação – muitos deles já mencionados aqui-. Agradeço pelo acolhimento e disposição para leitura, bem como pelos comentários que em muito agregaram ao texto final.

À Escola de Formação da SBDP, instituição a quem devo meu primeiro contato com pesquisa e com uma visão crítica do direito, e com a qual tenho o prazer de continuar a interlocução como colaboradora e professora.

RESUMO: O caráter imprevisível da agenda de julgamentos do STF gera uma perplexidade. Em razão das regras regimentais e da prática consolidada, os ministros do STF têm o potencial de, individualmente, impedir a apreciação de casos por quanto tempo desejarem e até mesmo influenciar no resultado de julgamentos. A decisão sobre o que será julgado em cada sessão de julgamento depende da escolha do relator, ao liberar o caso para julgamento, do presidente, ao incluí-lo em pauta, e de todos os demais ministros, ao optarem por interromper um julgamento com pedido de vista. Esse elemento do desenho institucional tem implicações normativas. O objetivo deste trabalho é avaliar as consequências da existência dessas ferramentas para o grau de legitimidade democrática do tribunal. O referencial teórico será, portanto, as distintas teorias normativas presentes no debate que discute porque cortes são legítimas para decidir desacordos de direitos. A raiz deste debate é uma questão institucional, isto é, saber se faz ou não sentido ter uma instituição responsável por realizar o controle de constitucionalidade. Apesar disso, os elementos institucionais que caracterizam uma corte constitucional e regulam seu processo decisório raramente são explicitados nas teorias normativas. Por isso, a opção por esse referencial teórico demandou uma identificação de premissas institucionais em cada uma das teorias normativas. A reconstrução das principais teorias normativas do debate permitiu a identificação de elementos institucionais presentes como premissa em cada uma delas e, com isso, como pressuposto para a legitimidade da instituição. Essa ponte entre teoria e desenho institucional permitiu verificar se o desenho institucional dos poderes de agenda passa no teste de legitimidade de cada uma das teorias normativas, e se existiriam razões para justificar a existência deste elemento institucional. A conclusão indica que existem boas razões para que um tribunal controle sua própria agenda. Mas o desenho institucional específico dos poderes de agenda no STF deixa de passar até mesmo no teste das teorias normativas menos exigentes em termos institucionais.

Ana Laura Pereira Barbosa. Decidindo (não) decidir: Instrumentos de influência individual na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF. 184 p.. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, novembro de 2020.

ABSTRACT: A perplexity surrounds the unpredictability in the agenda setting of Brazilian supreme court. The rules of the court and traditional practice allow Brazilian supreme court judges to individually delay the hearing of a case for as long as they like and to use these agenda-setting powers to influence the result of judgements. The decision on which cases will be heard in each Plenary meeting is shared by the rapporteur, who has the power to release the case for judgement, the president of the court, who sets the agenda of each session, and every other judge, who are entrusted with the power to interrupt the hearing of a case using the tool known as *pedido de vista*. This element of institutional design has normative implications. The present work intends to assess the normative consequences of these tools to the degree of democratic legitimacy of the Brazilian supreme court. The framework will be the several theories that attempted to justify why courts should be entrusted with the power to overrule legislative decisions. The roots of this debate lie on an institutional question, that is, whether or not to grant an institution the power of judicial review. However, the institutional elements that define a constitutional court as such and that regulate its decision-making process are rarely made explicit within the theories. That required a reconstruction of the main normative theories. By bridging the gap between institutional design and theory, this work was able to assess the degree of legitimacy of the agenda-setting tools present in the supreme court institutional design, as well as to identify if there are any normative reasons to justify its

existence. The conclusion points to reasons for a court to set its own agenda. But the design of the agenda-setting powers in Brazilian supreme court has several pathological consequences and hence does not pass the legitimacy test, not even in the less demanding normative theories.

Ana Laura Pereira Barbosa. Deciding (not) to decide: Devices of individual influence in the agenda setting and timing control in Brazilian Supreme Court. 184p.. Master of Law – Faculty of Law, University of São Paulo, november de 2020.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
As vantagens metodológicas de uma ponte entre teorias normativas e desenho institucional	13
Um mapa do argumento	16
1. O PODER DE AGENDA NO STF	18
1. A formação da agenda de julgamentos no STF	19
2. Os poderes de agenda	29
3. Os potenciais do desenho institucional.....	33
3.1. Sinalizações ao legislativo ou à sociedade	36
3.2. Influência na formação da maioria decisória.....	39
3.1.1. Seleção de casos e circunstâncias políticas e sociais.....	39
3.1.2. Alteração na composição e em circunstâncias políticas e sociais	42
3.3. Determinação individual do resultado ou efeitos práticos do julgamento.....	44
1.2.3.1. Determinação pura do resultado do julgamento	45
1.2.3.2. Influência nos efeitos práticos da decisão	47
3.4. Ausência de decisão.....	50
4. Uma espécie distinta de individualismo decisório	51
5. Conclusão	57
2. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E DESENHO INSTITUCIONAL	60
1. O debate sobre legitimidade democrática do controle de constitucionalidade e a ausência de considerações institucionais	65
2. Limitações institucionais ao escopo ou efeitos do controle de constitucionalidade	69
2.1. Limitações institucionais aos efeitos do controle de constitucionalidade: o controle fraco de constitucionalidade	69
2.2. Limitações institucionais ao escopo do controle de constitucionalidade	71
3. Capacidade de vetar decisões de outros poderes	74
4. Fornecimento de razões: Fórum de princípios, razão pública, opinião pública e contestação socrática	76
4.1. Razões e fórum de princípios	77
4.2. Razões como mediadoras da interlocução com a opinião pública ou com outros poderes.....	82
5. Estrutura colegiada	85

6. Insulamento da política: independência judicial e imparcialidade	95
7. Ferramentas para deixar de decidir: deliberação, virtudes passivas e minimalismo judicial	102
7.1. A deferência procedimental e as virtudes passivas	103
7.2. A deferência substantiva e o minimalismo judicial.....	107
7.3. Contexto do julgamento, opinião pública e deliberação	110
8. Mecanismos facilitadores da deliberação	113
9. Conclusão	116
3. DECIDINDO (NÃO) DECIDIR: CONSEQUÊNCIAS NORMATIVAS DOS PODERES DE AGENDA	118
1. O silêncio teórico sobre a agenda de julgamentos.....	121
2. As potenciais virtudes do controle do tempo do julgamento.....	124
2.1. Permitir decisões de princípio	125
2.2. Aguardar o posicionamento do legislativo	126
2.3. Influenciar na recepção pela opinião pública	128
2.4. Maximizar performance deliberativa.....	130
3. O teste de legitimidade em duas etapas	131
4. Aprovações parciais no teste de legitimidade em duas etapas	137
4.1. A fragmentação no tempo	140
4.1.1. Elementos eficazes.....	141
4.1.2. Elementos legítimos	142
4.2. A fragmentação em diversos atores: a legitimidade sem eficácia.....	143
4.3. Ausência de limites institucionais à demora no julgamento	148
5. Vícios de eficácia nos poderes de agenda	148
5.1. Dificuldade na gestão institucional do tempo.....	149
5.2. Ineficácia no manejo do tempo.....	151
6. Vícios de legitimidade nos poderes de agenda.....	154
6.1. Patologias diretas.....	154
6.1.1. Ausência de decisão.....	155
6.1.2. Prejuízos à performance deliberativa	161
6.1.2.1. Procedimento decisório agregativo sobre o tempo.....	161
6.1.2.2. Obstrução individual de julgamentos	163
6.1.2.3. Ausência de previsibilidade para as partes	163
6.1.3. Aumento do risco de captura	165

6.2. Patologias indiretas.....	168
6.2.1. Engajamento colegiado artificial.....	169
6.2.2. Determinação individual do resultado.....	174
7. Quanto tempo é tempo demais?	175
8. Conclusão	178
4. UMA AGENDA DE PESQUISA: DESAFIOS PARA A ANÁLISE NORMATIVA E COMPARADA DO DESENHO INSTITUCIONAL DE CORTES CONSTITUCIONAIS.....	185
1. O panglossianismo institucional.....	185
2. A generalização de categorias institucionais.....	186
3. Parâmetros para uma teoria normativa institucional	190
CONCLUSÃO.....	192
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	197
Apêndice 1 – Etapas na definição da agenda de julgamento do STF	208
Apêndice 2 - Tabela comparativa das teorias normativas, por recomendação institucional	209

INTRODUÇÃO

Em março de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) finalizou o julgamento do processo mais antigo ainda em trâmite no tribunal. A ACO 158 foi ajuizada em 1977, e envolvia uma disputa de terras entre a União e o estado de São Paulo. Até que fosse julgada, passou por cinco relatores diferentes, vinte e quatro mudanças na presidência do tribunal, e uma alteração na ordem constitucional.

O caso ilustra extremos da demora nos julgamentos do STF. Diversos elementos podem naturalmente colaborar para que um julgamento se alongue: a quantidade de partes, a existência de *amici curiae*, ou mesmo a complexidade da questão. No STF, contudo, um elemento em especial é importante para determinar quando casos serão julgados, e quais casos serão julgados primeiro: a formação da agenda de julgamentos.

De acordo com as regras formais e informais que estruturam a interação no STF, compete ao presidente selecionar, a partir do conjunto de casos liberados para julgamento pelo relator, quais casos serão julgados em cada sessão de julgamento do plenário¹. O início do julgamento não significa que ele será finalizado, já que qualquer ministro, por meio de pedido de vista, pode interromper o julgamento e controlar o momento em que ele será retomado. Essas três ferramentas – a liberação para julgamento, a definição da pauta e os pedidos de vista – têm consequências para o tempo dos julgamentos do STF e, conseqüentemente, para o perfil da atividade e da resposta jurisdicional fornecida pela corte.

No caso citado como exemplo, a ação foi liberada para julgamento apenas por sua quinta relatora, em 2018. Dois anos depois, foi pautada e julgada pelo plenário. A instrução do caso, com isso, demorou 41 anos, até a quinta relatora do caso indicar que estava pronta para proferir seu voto. Independentemente da existência de estratégias individuais para a proposital obstrução do julgamento, o caso ilustra como o desenho institucional do STF tem como consequência a indeterminação do tempo dos julgamentos e a possibilidade de indefinida demora para julgar um caso.

¹ A formação da agenda é relevante para todos os órgãos colegiados do tribunal (plenário físico, turmas e plenário virtual). Contudo, para efeitos deste trabalho, a menção genérica à agenda de julgamento pressupõe tratar-se da agenda de julgamento do plenário, salvo quando ressaltar que me refiro especificamente à agenda de outro órgão colegiado. Apesar de terem implicações similares no que diz respeito à influência no timing do julgamento, especificidades justificam uma análise apartada. As regras, arena, e as interações ocorridas no momento de definição da pauta de cada um desses órgãos colegiados podem ter diferenças. Ainda assim, como será discutido no capítulo 1, é possível supor que as constatações a respeito do individualismo decisório possam ser replicadas para as demais arenas decisórias do tribunal, com as devidas adaptações.

A definição da agenda de julgamentos é importante para qualquer corte constitucional, pois determinará o produto de sua atividade. Diante da grande quantidade de casos no acervo e da jurisdição mandatória, essa escolha ganha ainda mais relevância no STF, porque tem implicações para o tempo dos julgamentos e, no limite, para seu resultado.

É correto que um tribunal, na figura de seus ministros, decida o que (e quando) será julgado? Um relator pode obstruir indefinidamente a formação da agenda de julgamentos do tribunal? O presidente pode optar por pautar um caso em detrimento de outro? Ministros podem impedir a finalização de um julgamento por pedidos de vista?

Este trabalho colabora para a agenda de pesquisa que procura responder a essas questões, por meio de um juízo normativo da legitimidade democrática desses procedimentos formais e informais que regulam a definição da agenda de julgamento². O intuito é responder à seguinte pergunta: a existência de poderes de agenda pode ser justificada por alguma teoria normativa em defesa da legitimidade democrática de Cortes Constitucionais?

O termo “agenda de julgamento” será utilizado em referência ao conjunto de casos pautados e efetivamente decididos pelo plenário físico do tribunal em cada sessão de julgamento. A agenda de julgamentos é, deste modo, o produto final da interação entre os três instrumentos individuais de influência sobre o tempo do julgamento³. O termo “poder de agenda” consiste em gênero que engloba três subespécies, cada qual com suas particularidades.

O foco do trabalho é o desenho institucional. Por isso, considerações relacionadas ao comportamento dos atores ficam em segundo plano. Também ficam de fora do trabalho questões empíricas relativas aos critérios utilizados para a definição da agenda de julgamentos. Para a análise normativa, importa apenas saber quais são os poderes potencialmente alocados por este desenho institucional, e quais são suas implicações normativas.

² Partirei da definição ampla de instituições como regras e procedimentos (formais e informais) que estruturam a interação social, limitando ou fornecendo meios para o comportamento de atores. (HELMKE, Gretchen; LEVITSKY, Steven, *Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda, Perspectives on Politics*, v. 2, n. 04, p. 725–740, 2004

³ O termo não se confunde com “pauta de julgamento”, termo mais específico que indica o conjunto de casos selecionados pelo presidente para a pauta de cada sessão de julgamento, isto é, tão somente uma das ferramentas que influenciam na agenda de julgamento, já que só estão disponíveis para a pauta os casos liberados para julgamento e com vistas devolvidas.

O conceito de legitimidade democrática é polissêmico. Utilizarei o termo em referência à sua acepção normativa, e não descritiva⁴. O debate que mapearei se debruça sobre as razões morais que justificam a compatibilidade do controle de constitucionalidade com a democracia. Não mapearei a literatura que descreve elementos fáticos envolvidos na construção da autoridade de cortes constitucionais e no respeito às suas decisões, salvo na hipótese em que justificativas normativas à legitimidade da revisão judicial têm como premissa alguma constatação empírica. Nesses casos, a legitimidade descritiva é tida como um componente da legitimidade normativa, mas isso não retira a teoria do debate normativo. O critério para a seleção foi, deste modo, o fato de as teorias dialogarem com a literatura que debate se democracias deveriam ou não adotar o controle de constitucionalidade.

A opção pelo enfoque na legitimidade democrática do controle de constitucionalidade não pressupõe que essa seja a única lente de análise possível. A legitimidade democrática é apenas um elemento da legitimidade política que confere autoridade às decisões de uma corte constitucional. Contudo, é um aspecto relevante que também pode ter implicações institucionais. A opção por este referencial teórico tem por trás a premissa de que legitimidade democrática é uma questão de grau, e não de extremos. Por isso, o desenho institucional importa para a construção da legitimidade de um tribunal.

As vantagens metodológicas de uma ponte entre teorias normativas e desenho institucional

O debate teórico-normativo a respeito da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade costuma passar ao largo de elementos institucionais. Discute-se, de modo abstrato, por que deveria competir a juízes o poder controlar atos de representantes eleitos. Esse debate costuma ignorar que, mesmo para quem vislumbre possível compatibilizar o controle de constitucionalidade com a democracia, ainda restam em aberto diversas opções institucionais com possíveis implicações para a legitimidade democrática.

Como alternativa, apresenta-se o que já foi denominado teoria normativa em nível intermediário de abstração. Como toda teoria normativa, também ela tem como objetivo

⁴ Trata-se da distinção de Zurn. ZURN, Christopher F., **Deliberative democracy and the institutions of judicial review**, Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press, 2007, p.76.

prescrever estados de coisas ideais com base em princípios e valores. Contudo, ela reconhece que a democracia constitucional é moldada e construída por meio de procedimentos e, com isso, também o desenho institucional, em algum nível, importa. A partir desta premissa, esse tipo de teoria normativa procura dar um passo além na concretude, sem se tornar restrita a determinado contexto⁵.

O presente trabalho parte da mesma premissa: desenho institucional importa para a legitimidade democrática de cortes constitucionais. Essa premissa justifica que as teorias normativas sobre legitimidade democrática da revisão judicial sejam utilizadas como referencial teórico para avaliar o quão legítimo é o elemento de desenho institucional que estudo, isto é, o grau de legitimidade dos poderes de agenda. Nesta tarefa, não pretendo estruturar uma teoria normativa, mas sim testar o grau de legitimidade democrática de determinado elemento do desenho institucional, a partir de recomendações institucionais presentes no debate teórico-normativo sobre legitimidade do controle de constitucionalidade.

Para executar essa tarefa, existem duas estratégias possíveis: a primeira delas, indutiva, parte de elementos institucionais, mapeia características-chave e as analisa a partir de determinadas teorias normativas. Já a segunda, adotada neste trabalho, é dedutiva: parte das teorias normativas para mapear elementos institucionais tidos como premissa e, a partir de um mapa de recomendações institucionais, avaliar a legitimidade democrática do desenho institucional⁶.

Partir das teorias normativas possui a vantagem de evitar que algum elemento institucional potencialmente afetado passe despercebido. Enquanto não sabemos o que importa, em termos de desenho, para as teorias normativas, é mais difícil avaliar consequências normativas de elementos do desenho. Essa abordagem também possui outras duas vantagens. Ela pode fornecer um mapa de considerações institucionais para pesquisas que desejem avaliar outro elemento do desenho institucional a partir da literatura em defesa da legitimidade democrática de cortes constitucionais. Além disso, ela também é capaz de expor eventuais deficiências, limitações ou perguntas em aberto nas teorias normativas.

Esse exercício dedutivo nada mais é do que uma revisão bibliográfica dirigida. Ela consiste em um mapeamento do debate sobre legitimidade democrática da revisão

⁵ MENDES, Conrado Hübner, *Constitutional courts and deliberative democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2013., pp.5-9.

⁶ Aprofundo a descrição deste método na introdução do capítulo 2.

judicial a partir da lente de elementos institucionais. Para identificar os protagonistas no debate, tive como ponto de partida o mapeamento de Conrado Hübner Mendes, responsável por uma revisão exaustiva do debate teórico-normativo do tema⁷. Essa listagem de autores foi complementada com alguns trabalhos mais recentes, que dialogam com o debate tradicional, identificados em uma busca de segurança⁸.

A extrema abstração nas teorias normativas não impede que elas sirvam como base para a identificação de elementos institucionais. Mesmo teorias que não partem de um nível intermediário de abstração podem depender de premissas institucionais, ainda que não externalizadas. Explicitar essas premissas e utilizá-las como fundamento para a análise da legitimidade democrática de elementos institucionais possibilita um teste mínimo de legitimidade.

A princípio, o confronto que proponho realizar envolveria apenas duas espécies de unidades de análise: as teorias normativas e o desenho institucional. Deste método dedutivo decorre a criação de duas novas espécies de unidade de análise. A primeira delas consiste nos elementos institucionais tidos como premissa em cada teoria normativa. A segunda, decorrente do confronto entre as recomendações institucionais normativas e o desenho institucional que me proponho a analisar, consiste nas virtudes e patologias presentes no desenho institucional.

Da existência de quatro unidades de análise decorre a possibilidade de estruturar o argumento de cada capítulo de modos muito distintos. Para descrever o mapeamento das recomendações institucionais em cada teoria normativa, optei por construir uma tipologia de recomendações institucionais, e agrupar as teorias mapeadas a partir desta tipologia⁹.

A mesma dificuldade é potencializada na análise das consequências normativas do desenho institucional. Dentre as diversas alternativas, optei por estruturar o capítulo a partir das virtudes e patologias do desenho institucional, orientado pelo que denomino

⁷ MENDES, Conrado Hübner, Is it all about the last word? *Deliberative separation of powers, **Legisprudence***, v. 3, n. 1, p. 69–110, 2009.

⁸ Como busca de segurança, após essa primeira listagem, usei a busca avançada de bases de dados acadêmicas (Heinonline e Jstor) para pesquisar os termos “legitimidade democrática”, “controle de constitucionalidade” e “desenho institucional”, dando privilégio a resultados que dialogavam com autores já listados.

⁹ A alternativa seria listar cada teoria normativa a partir dos autores, e identificar quais os elementos institucionais tidos como premissa por cada autor. Optei pela primeira opção por identificar ganhos na objetividade da descrição. O foco é o desenho, mas, em contrapartida, as particularidades de cada autor e a construção do raciocínio de cada teoria ficam em segundo plano. A opção por esta forma de narrativa enfrenta dificuldades que serão aprofundadas na introdução do capítulo 2.

teste a contrário sensu de eficácia e legitimidade do desenho institucional. Essa estrutura deixa em segundo plano, contudo, tanto (i) o raciocínio de cada teoria normativa quanto (ii) as recomendações institucionais mapeadas e (iii) as características do desenho institucional que analiso. Para sanar essa deficiência, procurei, na medida do possível, recuperar esses três elementos no decorrer da redação, fazendo referência aos capítulos anteriores.

Um mapa do argumento

A reconstrução do raciocínio de cada teoria normativa detalhada na seção anterior prepara o terreno para um ensaio de resposta às questões trazidas no início desta introdução. Ela permite a conclusão de que o controle do tempo dos julgamentos é um elemento potencialmente virtuoso a cortes constitucionais. O individualismo decisório, não. Apesar disso, não há indicações de como compatibilizar a estrutura colegiada com o processo decisório sobre o tempo dos julgamentos, que envolve uma espécie de juízo de valor pouco explorada pela teoria normativa.

No capítulo 1, descrevo este elemento do desenho institucional, bem como suas implicações em termos de alocação de poder. O capítulo demonstra como o poder de agenda, gênero, subdivide-se em três espécies – poder de liberação, poder de pauta e poder de vista – e é caracterizado pela fragmentação em diversos atores e no tempo. Qualquer ministro pode obstruir um julgamento, ainda que sua inclusão em pauta e finalização dependa da conjugação da vontade de todos os ministros.

No capítulo 2, realizo um mapeamento da literatura teórico-normativa sobre legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, com o intuito de identificar, a partir de uma espécie de raciocínio dedutivo, recomendações institucionais. Nele, identifico que, as recomendações institucionais nas mais diversas teorias normativas limitam-se a reproduzir elementos que caracterizam uma corte como órgão do judiciário: estrutura colegiada, dever de fundamentar suas decisões, são insuladas da política. Teorias normativas que vão um pouco além demandam, para além destes elementos, ferramentas institucionais para deixar de decidir ou ferramentas para facilitar a deliberação.

Ainda que sejam poucas as recomendações institucionais, é possível utilizá-las como um referencial preliminar para avaliar a legitimidade democrática dos poderes de agenda, o que faço no capítulo 3.

No capítulo 4, finalizo com uma discussão das possíveis implicações dos resultados encontrados, e aponto para uma profícua agenda de pesquisa.

1. O PODER DE AGENDA NO STF

A Constituição Federal expandiu o acesso de legitimados ao STF e manteve a atribuição de uma ampla jurisdição, com um desenho que combina atribuições de tribunal constitucional, foro judicial especializado e tribunal de recursos de última instância¹⁰. Como consequência, o STF lida com um grande volume de casos ajuizados anualmente. Apesar da sobrecarga processual¹¹, o desenho institucional do STF não confere ao tribunal a possibilidade de controle sobre seu acervo, como ocorre, por exemplo, na Suprema Corte Americana¹². Isso significa que o tribunal não tem, em regra, a possibilidade de selecionar discricionariamente os casos que deseja julgar e de, em contrapartida, deixar de apreciar casos indesejados¹³.

Neste cenário de grande volume de casos e ausência de filtros que permitam o dimensionamento de seu acervo, a decisão sobre quando julgar cada caso adquire relevância. Apesar de não ter a possibilidade de se recusar a apreciar casos discricionariamente, o STF tem o poder de adiar indefinidamente o julgamento de determinados casos, por meio de mecanismos que afetam a definição da agenda de julgamentos do tribunal.

Este capítulo inicial tem como objetivo descrever o desenho institucional que aloca os poderes de agenda, suas consequências para o produto da atividade do tribunal, bem como o estado da arte da produção acadêmica no tema. A delimitação e descrição

¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena, *Supremocracia*, **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441–463, 2008. É verdade que houve uma diminuição de competências com relação à ordem constitucional anterior. Mas mesmo com a transferência de parte das competências ao STJ, a jurisdição do STF ainda pode ser reputada ampla.

¹¹ De acordo com o relatório de atividades do STF em 2019, no decorrer do ano, o tribunal recebeu um total de 93.197, e baixou um total de 96.896 no ano. Apesar de ampliar a produtividade a ponto de atingir um quantitativo de processos baixados superior ao de processos recebidos no ano, a sobrecarga persiste, já que o ano de 2019 foi finalizado com um acervo de 31.279 processos em tramitação. É verdade que o número de efetivas decisões do plenário presencial é muito pequeno, e o acervo tem diminuído ainda mais com o plenário virtual. Levantamento divulgado pelo JOTA indica que, no primeiro semestre do ano, 60 casos foram efetivamente julgados pelo plenário. (ESTEVEZ, Luiz Fernando Gomes.; RECONDO, Felipe. A pauta de Toffoli em 2019: Transparência, eficiência e previsibilidade? **Jota**, 10.07.2019).

¹² Na Suprema Corte americana, a admissibilidade dos casos merecedores de controle de constitucionalidade pelo tribunal parte de um juízo de relevância. (cf. OWENS, Ryan J.. The Separation of Powers and Supreme Court Agenda Setting. **American Journal of Political Science**, Vol. 54, Nº. 2 (Abril de 2010): 412–27)

¹³ Em verdade, o tribunal possui o poder de recusar recursos extraordinários que envolvam questões constitucionais sem repercussão geral, isto é, questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes (art. 322, RISTF e art. 1035, CPC). Contudo, mesmo a repercussão geral não garante total controle sobre o acervo (pois se restringe a recursos extraordinários) e é limitado pela forma como desenhado pelo regimento interno.

das facetas deste objeto é passo inicial necessário antes de introduzir o problema da legitimidade deste desenho institucional e o mapeamento do debate teórico-normativo.

1. A formação da agenda de julgamentos no STF

De acordo com o Regimento Interno e a prática consolidada no tribunal¹⁴, compete ao presidente da Corte selecionar (art. 13, III, RISTF), dentre as ações liberadas para julgamento pelo respectivo relator (art. 21, X, RISTF)¹⁵, a lista de casos que serão julgados em cada sessão do plenário físico. Uma vez iniciado o julgamento, cada ministro tem a possibilidade de interrompê-lo por meio de um pedido de vista. Após a devolução dos autos para julgamento, volta a caber ao presidente a definição da sessão na qual aquele julgamento será retomado¹⁶.

As três espécies de poderes fundamentais para a definição da agenda de julgamentos do STF são (i) a liberação pelo relator, (ii) a inclusão em pauta, pelo presidente, e (iii) o pedido de vista, por qualquer ministro.

A figura 1 indica, contudo, que o caminho percorrido pelas ações, no STF, desde a autuação até o julgamento, pode ser mais complexo. Isso ocorre em razão da existência de arenas decisórias colegiadas alternativas dentro do tribunal (turmas e plenário virtual), bem como em razão da possibilidade de interrupção de julgamentos iniciados.

¹⁴ Cf. supra nota 2.

¹⁵ Todas as ações pautadas foram necessariamente liberadas para julgamento pelo relator, mas nem todas as ações liberadas para julgamento estão disponíveis para inclusão em pauta, como será detalhado a seguir.

¹⁶ Trata-se de simplificação. Como será indicado a seguir, a competência de definição da pauta de julgamento não é explicitamente alocada a nenhum ator pelo regimento interno. Contudo, declarações de membros do tribunal revelam ser difundida a interpretação de que, por ser responsável pela condução dos trabalhos, competiria ao presidente definir a pauta de julgamento de cada sessão.

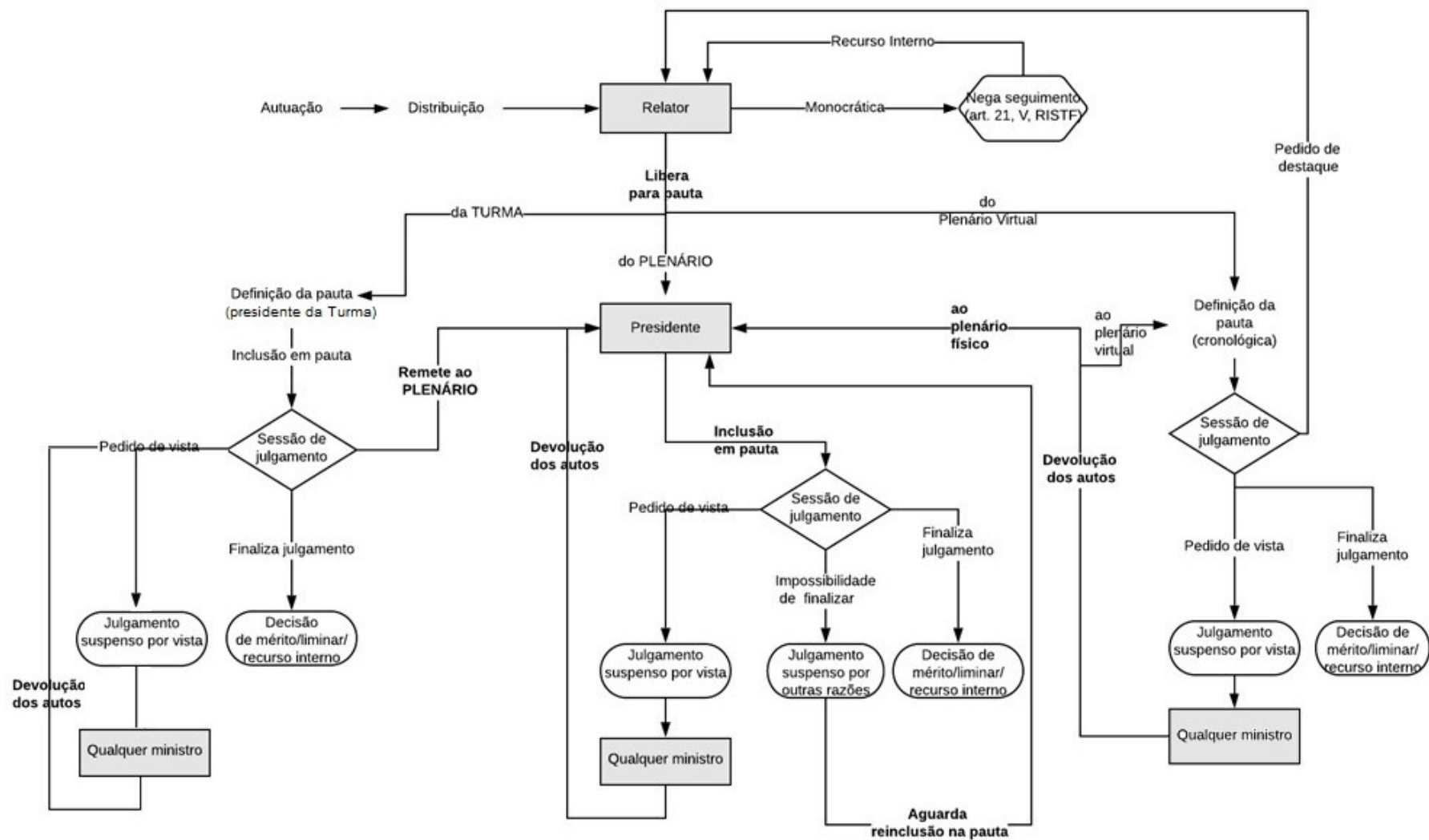


Figura 1. Rito dos processos no Supremo Tribunal Federal, contendo todos eventos que influem na formação da agenda de julgamento, desde a autuação até o julgamento

O processamento das ações autuadas no STF tem início com a designação de um relator. As ações são, em regra, distribuídas por sorteio, mas podem ser excepcionalmente distribuídas por prevenção (art. 66, RISTF) ou diretamente registradas à presidência¹⁷. Em seguida, o rito que se segue varia a depender da classe processual, mas envolve, em geral, a instrução e, se for o caso, a solicitação de informações e/ou pareceres da Procuradoria-Geral da República e da Advocacia Geral da União¹⁸.

Ultrapassadas as etapas de instrução, o relator pode, a qualquer tempo, lançar o relatório e pedir dia para julgamento (art. 21, X, RISTF)¹⁹. Por meio deste ato de liberação para julgamento, que faz parte do rito de qualquer processo que ingressa no tribunal, o relator indica que a instrução foi finalizada e que ele está habilitado a proferir seu voto.

O STF possui três órgãos decisórios colegiados distintos – as turmas, o plenário físico e o ambiente virtual²⁰. Cabe ao relator, ao pedir dia para julgamento, escolher qual será o órgão decisório que irá julgar aquele caso. Desde o início da vigência da Resolução

¹⁷ São obrigatoriamente de relatoria do presidente do tribunal as arguições de impedimento e suspeição opostas a ministro (art. 13, XV, art. 278, e art. 287 RISTF), a suspensão de segurança (art. 297, RISTF), a intervenção federal nos estados (art. 352, RISTF), as propostas de súmula vinculante (art. 354-A, RISTF), e as reclamações que tiverem como causa de pedir a usurpação de competência do presidente ou descumprimento de decisão sua (art. 70, § 4º, RISTF),

¹⁸ No caso das ações de controle concentrado, a lei 9.868/99 estabelece que, após o recebimento da petição inicial, o relator deve, sucessivamente, (i) solicitar informações à autoridade da qual emanou o ato normativo impugnado (art. 6º), (ii) Decorrido o prazo, ouvir pareceres sucessivos do Advogado-Geral da União e do Procurador-geral da república (art. 8º)

¹⁹ O ato de liberação para julgamento pelo relator é indicado, no acompanhamento processual, pela expressão “Inclua-se em pauta-minuta extraída” ou pela expressão “Apresentado em mesa para julgamento”, a depender da forma de liberação. Ele também pode ser encontrado nas variantes “inclua-se em pauta”, “apresentado em mesa para julgamento - minuta extraída” ou “peço dia para julgamento” (mais comum em casos antigos, dos anos 90 e início dos anos 2000). Nas planilhas de estatística do site do STF, esse ato também pode ser indicado como “agendamento”. O pedido de dia para julgamento pelo relator, em regra, leva à publicação de despacho do relator no diário da Justiça eletrônico seguida do prazo mínimo de 48h até a chamada do feito a julgamento pelo presidente (ato denominado liberação por agendamento). Há hipóteses em que o relator pode apresentar o feito em mesa para julgamento, sem necessidade de publicação do despacho no DJe com 48h de antecedência. (“O art. 83, §1º, RISTF indica essa característica afirmando que esses casos independem de pauta”). Tornou-se usual utilizar o termo “inclusão em pauta” em referência à prerrogativa do presidente de selecionar os casos a serem julgados em cada sessão. Contudo, o portal eletrônico do STF não acompanha essa terminologia. No andamento processual das ações do STF, inclusão em pauta indica o pedido de dia para julgamento por parte do relator. A inclusão em pauta pelo presidente só passou a ser registrada no andamento processual a partir da presidência da ministra Carmen Lúcia (2016-2018), e indicada pelo termo “Incluído no calendário de julgamento”. Para detalhes sobre a diferença entre as formas de liberação para julgamento, cf. BARBOSA, Ana Laura Pereira. **As Estratégias na Definição da Pauta de Julgamento: um olhar sobre o perfil da Corte Gilmar Mendes**. Monografia (especialização/iniciação científica) - Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo/SP, 2015, pp.11-12.

²⁰ A seguir, farei referência ao ambiente virtual por meio do termo “plenário virtual”. Ao referir-me a ele, contudo, abarco tanto o julgamento virtual de turmas quanto o julgamento virtual do plenário. Em ambos os casos, o julgamento é regido pela Resolução 642/19 e possui dinâmicas similares no que diz respeito à pauta, alterando-se tão somente as competências.

669/20, o plenário virtual e o plenário físico possuem competências idênticas²¹, com a mera indicação de que algumas classes processuais deveriam ser preferencialmente julgadas em ambiente virtual²². No caso das turmas, o Regimento Interno traz algumas competências genéricas, mas, na prática, o relator possui significativa liberdade de escolha²³.

Se o relator pede dia para julgamento e libera o caso para plenário físico, o processo torna-se disponível para a inclusão no calendário de julgamento do plenário físico por parte do presidente.

Caso seja liberada para julgamento no plenário virtual²⁴, uma ação é incluída em uma lista, recebe uma numeração e ingressa de modo automático no calendário de julgamentos²⁵. A pauta de julgamentos é determinada, assim, cronologicamente. Como o acervo de casos aguardando julgamento no plenário virtual é pequeno e não existe intermediário entre a liberação e o início do julgamento, o relator detém, na prática, tanto o poder de liberação quanto o poder de pauta.

Um julgamento iniciado no plenário virtual pode ser interrompido por (i) pedido de vista ou de (ii) pedido de destaque, por qualquer ministro, ou (iii) pedido de destaque pelas partes do processo. Apenas este último caso é submetido ao aval do relator²⁶.

²¹ Resolução 642/19, Art. 1º Todos os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das turmas ou do plenário. (Redação dada pela resolução 669/20)

²² Trata-se de agravos internos, agravos regimentais, embargos de declaração, medidas cautelares em ações de controle concentrado, referendo de cautelares, bem como ações nas quais já exista jurisprudência consolidada no tribunal (art. 1º, §1º, Resolução 642/19).

²³ As competências estão previstas nos arts. 8º e 9º, do RISTF. No caso do habeas corpus, por exemplo, o RISTF estabelece a competência da turma (no art. 9º, I) ou do plenário (art. 6º, I, a), a depender da autoridade coatora. Apesar disso, o art. 11 estabelece que as turmas podem remeter um caso ao plenário quando houver (i) relevante e inédita arguição de inconstitucionalidade, (ii) proposta de reexame de questão constitucional, ou (iii) proposta de revisão de súmula. As possibilidades genéricas de remessa ao plenário acabam conferindo abertura para essa escolha.

²⁴ A qualquer tempo antes do início do julgamento, o relator pode mudar de ideia a respeito do ambiente no qual o caso será julgado. Pode, com isso, retirar o caso de pauta e remetê-lo à turma ou ao plenário virtual. Isso permite que casos originalmente no reservatório do plenário físico sejam transferidos para o plenário virtual. No caso de julgamentos suspensos por pedido de vista, a prática parece mostrar que o vistor de um julgamento iniciado no plenário físico também pode remetê-lo ao plenário virtual (cf. infra, nota 27)

²⁵ Trata-se do art. 1º, §§3º a 5º, Resolução 642/19: § 3º As listas de processos receberão numeração anual, em ordem crescente e sequencial para cada relator, independentemente do ambiente em que forem liberadas para julgamento. § 4º A liberação das listas gerará, automaticamente, andamento processual com a informação sobre a inclusão dos processos em listas de julgamento virtual ou presencial. § 5º As listas presenciais não julgadas serão remanejadas para a sessão subsequente.”

²⁶ Trata-se dos arts. 4º e 5º da Resolução 642/20, com redação dada pela resolução 669/20. Cabe a ressalva de que, como demonstrado por Miguel Godoy, os pedidos de destaque realizados pelas partes têm raramente sido apreciados (Cf GODOY, Miguel. ARAUJO, Eduardo. Plenário virtual ampliado: o que temos e vemos até agora. Jota, 22.05.2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/stf/supra/plenario-virtual-ampliado-o-que-temos-e-vemos-ate-agora-22052020>>. Acesso em: 24.12.2020.

O pedido de destaque devolve a ação ao relator, impondo-lhe a obrigação de liberar o caso para julgamento do plenário físico²⁷. A escolha do momento de liberação, neste caso, volta a depender do relator (art. 21-b, §3º RISTF). Após a liberação, o início do julgamento dependerá da definição da pauta por parte da presidência.

Também o pedido de vista, além de interromper o julgamento virtual, confere ao ministro vistor a possibilidade de escolher se devolve o processo ao plenário físico ou ao virtual²⁸. Caso opte pela devolução dos autos para julgamento no plenário físico, a inclusão em pauta também dependerá do presidente.

Essas duas ferramentas permitem que um caso originalmente liberado para o julgamento virtual seja remetido ao plenário físico²⁹. A remessa ao plenário físico é, portanto, mais uma forma de liberação para julgamento.

Por fim, o relator também pode optar por liberar um caso para julgamento da turma à qual integra. Inexistem informações consolidadas a respeito de como a pauta de julgamentos é formada nas turmas. Declarações dos ministros parecem indicar que a pauta de julgamento das turmas replica o que ocorre no plenário físico, ou seja, que a pauta de julgamento é determinada pelo seu respectivo presidente³⁰. Antes do início do

²⁷ Quando há pedido de destaque, o julgamento deve ser reiniciado no plenário físico (art. 4º, §2º, Resolução). Isso parece conferir a qualquer um dos ministros o poder de pausar a discussão e reiniciá-la em outra arena, a do plenário físico.

²⁸ Trata-se da redação do art. 5º, caput, da Resolução 669/2020, segundo o qual “As listas ou processos objetos de pedido de vista feito em ambiente eletrônico poderão, a critério do ministro vistor, ser devolvidos para prosseguimento do julgamento em ambiente virtual, oportunidade em que os votos já proferidos poderão ser modificados.” O art. 1º, caput da Resolução nº669/2020 estabelece que a escolha do ambiente de julgamento compete ao relator ou “ao vistor com concordância do relator”, mas não há informações a respeito da forma por meio da qual a anuência do relator deve ocorrer. A prática parece vir mostrando que o oposto também vem ocorrendo: um caso com vistas solicitadas no plenário físico ou em turma pode ser remetido ao ambiente virtual. Essa hipótese é abarcada pelo art. 1º, quando indica que casos podem ser julgados no plenário virtual por escolha “do vistor com a concordância do relator”. A resolução não discorre a respeito da exigência ou não de publicação de nova pauta. A prática parece indicar que, uma vez liberado para julgamento pelo vistor (com a devolução das vistas), o caso torna-se imediatamente disponível para inclusão em pauta pelo presidente.

²⁹ Ambos podem ser ferramentas individuais para pausar o julgamento virtual e remetê-lo ao ambiente físico, mas com diferenças. O pedido de destaque remete um caso ao plenário, mas envolve a relação entre três atores: o ministro que pede destaque no plenário virtual, o relator, que decide o momento em que essa ação se tornará disponível para o reinício da discussão, e o presidente, que, uma vez liberado, terá o poder de pauta-la. Já no caso do pedido de vista, a devolução dos autos para julgamento e continuidade, em ambiente físico, depende tão somente do vistor e do presidente.

³⁰ Em sede do julgamento da questão de ordem na AP 618, por exemplo, o ministro Gilmar Mendes, presidente da Segunda Turma, suscitou questão de ordem para que a turma decidisse sobre regra de transição a respeito de competência da turma, diante de mudança regimental. Ao justificar sua competência para suscitar as questões de ordem, afirmou que “Nesse particular, peço vênias ao eminente relator para esclarecer que a situação processual aqui colocada amolda-se à competência do presidente do órgão colegiado. Decidir questões de ordem ou submetê-las de ordem quando necessário, nos termos do art. 13, VII, RISTF. Malgrado a literalidade regimental acometa tal atribuição ao presidente da corte, não há maiores dificuldades em se reconhecer que, por simetria, o presidente da turma deve resolver questão de ordem ou submetê-la aos eminentes pares, em homenagem ao princípio da colegialidade. E devo lembrar,

juízo, o relator pode optar, a qualquer momento, por retirar o caso de pauta da turma e remetê-lo ao plenário virtual ou físico.

Uma vez iniciado, um julgamento em turma também pode ser interrompido por pedido de vista. O vistor não pode escolher para qual órgão decisório a ação será devolvida. Contudo, a possibilidade de remessa ao plenário pode ser suscitada, durante o julgamento, como questão de ordem (art. 11, RISTF), por qualquer ministro. Nesta hipótese, os ministros que compõem a turma deliberam se é o caso de finalizar o julgamento na turma ou remetê-lo ao plenário. Caso remetido ao plenário, o julgamento é reiniciado. A remessa ao plenário ocorre se maioria dos ministros que compõem a turma – três ministros - entender relevante julgá-lo no plenário³¹.

A existência de três tipos de arenas decisórias distintas indica que o pedido de dia para julgamento pelo relator é condição necessária, mas nem sempre suficiente, para que a ação faça parte do reservatório de casos disponíveis para inclusão em pauta. Isso porque o caso pode ser liberado para julgamento em outras arenas, e só então remetido ao plenário físico. Pode, ainda, ser liberado, pautado, e interrompido por pedido de vista. Nessa hipótese, compete ao vistor selecionar quando o julgamento voltará a estar disponível à inclusão em pauta pelo presidente. Com a anuência do relator, o vistor pode inclusive optar por retirar um julgamento já iniciado do plenário físico, hipótese em que este terá continuidade no plenário virtual.

Por isso, o marco que denomino liberação para julgamento pode depender não apenas (i) do pedido de dia para julgamento pelo relator, mas também (ii) da remessa de ações das turmas ao plenário, (iii) da devolução de vistas de julgamentos do plenário físico ou virtual ou (iv) da liberação para pauta após destaque no plenário virtual.

Dentre as ações disponíveis à inclusão em pauta pelo presidente incluem-se também aquelas (v) nas quais o julgamento foi iniciado e suspenso pelo próprio presidente, por exemplo, em razão do adiantado da hora ou da ausência de quórum.

ministro Fachin, que estou aqui desde 2002, e cheguei na turma numa composição que tinha a ministra Ellen Gracie, Carlos Velloso e Celso de Mello. E todos eles quando tinham dúvida, inclusive para afetar casos ao plenário, traziam ao colegiado. (AP-QO 618, rel. min. Edson Fachin, Segunda Turma, julg. 24.11.2020, transcrição de trecho do vídeo da sessão de julgamento, 25''-30''. Vídeo disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=i68eFAfdcdE&t=2419s>. Acesso em: 24.12.2020). A declaração constata que existe simetria entre as atribuições das presidências do plenário e das turmas, e permite presumir que, diante da simetria, o mesmo ocorra com a atribuição de definição da pauta de julgamento.

³¹ De acordo com o regimento interno, isso deve ocorrer na hipótese de relevante e inédita arguição de inconstitucionalidade, ou quando houver proposta de rediscussão de jurisprudência pacificada.

Após qualquer uma das espécies de liberação para julgamento, o caso passa a aguardar a escolha do presidente a respeito do momento em que será julgado. Como diversos casos aguardam julgamento, ganha relevância a prerrogativa de ditar as prioridades de julgamento ao definir a pauta e apregoar os casos em cada sessão de julgamento.

A competência para definição da pauta de julgamento não está explicitada no Regimento Interno. A atribuição do presidente de definir a pauta das sessões decorre de interpretação do artigo 13, III, RISTF, o qual estabelece que compete à presidência “dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir este Regimento”.

Há poucos elementos documentais disponíveis para a reconstrução da evolução normativa a respeito da competência para definição da pauta de julgamento. A análise de atas das sessões administrativas do STF indica que a pauta já foi citada como uma preocupação em 7 de abril de 2003, quando, os ministros deliberaram pela inserção dos processos a serem julgados pelo plenário na página da internet do tribunal³².

Entrevistas do projeto História Oral do STF revelam que, durante boa parte da história recente do STF, a prerrogativa era tratada como um procedimento administrativo relegado à secretaria³³. O divisor de águas que determinou a mudança teria ocorrido em 2004, com a criação, por parte do então ministro presidente Nelson Jobim, da denominada “pauta temática”.

Por meio desta mudança na organização do tribunal, passou-se a ter noção da dimensão e composição do acervo. A pauta passou a ser divulgada com antecedência, e os casos, a serem divididos em blocos de acordo com a temática que envolviam³⁴. Para além, a pauta passou a ser vista como um instrumento com potencial estratégico de controle da agenda do STF, levando em consideração o contexto político, jurídico e social. Passou-se então a atribuir à presidência uma função de gerir a pauta de acordo com

³² De acordo com trecho da referida ata: “(...) quanto à solicitação feita pela Advocacia-Geral da União para divulgação prévia, na página da internet, dos processos a serem julgados pelo plenário, o Tribunal deliberou no sentido da inserção, ficando o pregão na dependência de espaço físico, observada a possibilidade de veiculação de pedido de preferência pelos interessados a ser apreciado na forma regimental.” (STF. Ata da primeira sessão administrativa do ano de 2003, 7 de abril de 2003)

³³ FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de, O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?, **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 88, p. 429–469, 2013, p.446.

³⁴ FONTAINHA, Fernando de Castro *et al*, **História Oral do Supremo [1988-2013]-Nelson Jobim**, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015., p.195

determinadas finalidades e com a visão individual do ocupante sobre o papel que o tribunal deve representar no contexto institucional³⁵.

No ano seguinte à criação da pauta temática, Jobim anunciou, em sessão plenária, a intenção de ampliar o diálogo com os relatores na tarefa de construção da pauta³⁶. Com esse segundo passo, a presidência passaria a construir a pauta a partir da identificação de casos prioritários no acervo, independentemente da liberação, seguida da solicitação de um posicionamento do relator a respeito da melhor data para julgamento. Em suas palavras, a pauta deixaria de ser reativa para tornar-se proativa³⁷. Inexistem informações a respeito do sucesso dessa meta ou do modo como a pauta passou a ser construída nas presidências seguintes, mas é possível pressupor que esse tipo de decisão conjunta seja pouco comum³⁸.

Poucas são as explícitas indicações relacionadas à ordem de julgamento dos casos. Pelo regimento interno, possuem preferência os processos com o julgamento iniciado (art. 138, RISTF). Além disso, o artigo 145, RISTF prevê prioridade a algumas classes processuais (habeas corpus, ações criminais, conflitos de jurisdição, recursos do TSE, mandados de segurança, reclamação, representações e pedidos de avocação). Residualmente, o RISTF determina que os processos sejam julgados em ordem crescente

³⁵ Na mesma entrevista para o projeto de história oral do STF, o ministro Nelson Jobim explicitou o funcionamento da pauta temática: “Então, com isso, o que é que eu fazia? Esse pessoal, esses juízes aqui diziam: “Olha, o tribunal tal está acontecendo um problema X, que está complicado. E está um mundo de demanda sobre isso. Esse assunto foi para o STJ, o STJ tem um recurso extraordinário no Supremo.”. Aí, eu: “Com quem é que está?”. “Está com fulano.” Eu ia lá: “Escuta, fulano, está havendo um problema que é o seguinte. Tem tantos problemas iguais a esse em tal lugar, tantos problemas em tal lugar, só tem essa decisão. Precisamos decidir isso rápido”. Então isso aqui se tornava relevante não pelo número de processos iguais dentro do Supremo, mas sim o número de processos iguais que estavam no Judiciário. E, aí, a escolha, digamos, a importância do tema estava vinculado ao que ele representava, digamos, nos problemas existentes embaixo.” (*Ibid.*, p.237)

³⁶ NOTÍCIAS STF, **Jobim divulga balanço do semestre e anuncia metas para reduzir tempo de julgamentos**, Notícias STF, 01.07.2005, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=65157>>, acesso em: 24 mar. 2020. De acordo com a notícia, “Ele contou que a ideia é falar com cada ministro-relator sobre a necessidade de se julgar logo determinado processo e perguntar qual seria o mês em que esse processo estaria pronto para julgamento. Com essas informações, a pauta seria organizada.”

³⁷ Caso a pauta proativa tenha tido sucesso, isso significaria que a construção da agenda de julgamento, ao menos nesse período, era menos influenciada pela postura do relator e mais concentrada e dependente da postura do presidente. Contudo, não há pesquisas destinadas a avaliar a construção da pauta no período e as diferenças com relação a presidências posteriores.

³⁸ Em entrevista ao projeto História Oral, ministro Cezar Peluso afirmou que “Pode em certas circunstâncias o próprio tribunal acordar a necessidade de julgar determinadas causas. Isso eles podem. “Olha, vamos nos reunir aqui, vamos achar que o processo tal pode ser julgado antes. Quem é o relator? Fulano de tal será que dá para você trazer isso mais cedo, tal...” isso pode acontecer, mas não é usual.” (FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fábio Ferraz de, **História Oral do Supremo [1988-2013]-Cezar Peluso**, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015.,p.139)

de numeração em cada classe (art. 128, RISTF). Por fim, o relator e o procurador-geral da república podem realizar pedido de preferência no julgamento do feito³⁹.

A este cenário de relativa discricionariedade do presidente se soma a prática institucional de determinação de uma pauta ambiciosa para cada sessão. Como a pauta, em geral, traz um número maior de casos do que a quantidade que o tribunal efetivamente tem tempo hábil para julgamento, a consequência é que nem todos os casos divulgados para pauta do dia pelo presidente acabam de fato discutidos pelo plenário naquela sessão. Por conta dessa distinção entre a inclusão em pauta e o efetivo julgamento, é possível supor a existência de um duplo filtro, nas mãos do presidente: (i) a opção por pautar e, em cada sessão, (ii) a escolha da ordem de julgamento. Determinar o que será julgado primeiro na sessão é um segundo juízo de prioridade, porque implica deixar de fora um conjunto de ações, que, quando não discutidas até o fim da sessão, voltarão a compor o reservatório de casos liberados que aguardam julgamento.

Uma vez iniciado, o julgamento do plenário pode ser interrompido (i) por pedidos de vista, ou (ii) pelo próprio presidente.

Como o presidente também conduz as sessões de julgamento, a ele compete suspender determinada deliberação caso entenda conveniente para os trabalhos do tribunal⁴⁰. O Regimento Interno do STF determina que, na hipótese de suspensão de julgamento, sua retomada deve ocorrer na sessão seguinte. Contudo, essa transposição do caso para a pauta seguinte não é automática, e também depende da vontade do presidente.

O pedido de vista, por sua vez, é previsto no art. 940, §2º, CPC e art. 134, RISTF. Qualquer ministro tem a prerrogativa de pedir vista dos autos e, com isso, interromper o julgamento. Após essa interrupção, o julgamento só pode ser retomado após devolução dos autos para julgamento. O Regimento Interno estabelece o prazo de 30 dias, renovável por igual período, para devolução dos autos para julgamento. Contudo, a regra tem pouco

³⁹ Não há pesquisas que indiquem o quanto as diretrizes regimentais funcionam como constrangimento para a definição da pauta, mas é possível levantar a hipótese de que elas sejam pouco efetivas.

⁴⁰ A hipótese mais usual na qual isso ocorre é o adiantado da hora, optando por suspender a sessão ao invés ultrapassar o horário do encerramento dos trabalhos para finalizar o julgamento. Mas essa competência também confere ao presidente poder para, por exemplo, suspender uma sessão para intervalo e retomá-la com o início de um novo julgamento; sugerir, em meio a uma deliberação, que o julgamento seja suspenso para que o voto que se segue seja proferido com mais tempo, ou para aguardar votos de ministros faltantes; após a decisão de mérito, o presidente pode, por exemplo, sugerir que o caso seja suspenso para posterior votação da tese de repercussão geral. (Para descrição dos poderes da presidência, cf. ESTEVES, Luiz Fernando Gomes, *Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal*, **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 129–154, 2020.)

efeito prático na observância do limite temporal⁴¹. Na ausência de devolução no prazo previsto, não há qualquer sanção ou consequência⁴², para além de possíveis pressões das partes por intermédio da presidência do tribunal⁴³.

Em 2003, o então presidente do Tribunal instituiu a Resolução nº 278, na tentativa de forçar a observância ao prazo máximo. A resolução estabeleceu um prazo de 10 dias para a devolução, renovável duas vezes e, se extrapolado o período máximo de 30 dias, os autos deveriam ser retirados do relator por parte da presidência. Após insucesso⁴⁴, esta previsão foi revogada no ano de 2006, por meio da aprovação da Resolução nº 322. Com a nova alteração, o prazo passou a ser de 20 dias. O prazo foi novamente expandido em julho de 2020, pela Emenda Regimental nº 54, para 30 dias prorrogável, por igual período, e não contabilizado durante o recesso.

Após a devolução das vistas ou suspensão de um julgamento pelo próprio presidente, uma deliberação anteriormente interrompida só tem continuidade caso o presidente selecione novamente a ação para julgamento. Com isso, o presidente volta a ter o poder de determinar quando um caso será julgado.

⁴¹ Há casos cujas vistas são devolvidas mais rápido e, por outro lado, outliers nos quais a devolução só ocorreu após muitos anos. De modo geral, a mediana resultante do decurso de tempo entre o pedido de vista dos autos e a data de devolução resulta em 1095 dias, o que extrapola muito o prazo regimental máximo. (Cf. FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P., **III Relatório Supremo em números: o Supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.)

⁴² Em verdade, nada impediria que, independentemente de previsão regimental, o presidente pautasse o caso para julgamento após decurso do prazo para devolução dos autos. Ainda assim, essa não é prática consolidada no tribunal. É possível que essa não seja a prática porque a inclusão em pauta sem devolução dos autos causaria uma indisposição dentro do tribunal, estimulada pela figura da presidência que, a princípio, deveria zelar pela harmonia e a unidade na instituição. É possível imaginar que talvez a situação fosse diversa caso houvesse autorização regimental expressa desta possibilidade. Ainda assim, pode-se chegar à mesma dificuldade, que talvez explique o fracasso da Resolução 278, à época em que editada. Há, ainda, uma hipótese menos nobre: o fato de que, como o extrapolamento dos prazos de devolução de vistas é prática consolidada no tribunal, não há interesse em forçar um julgamento após decurso do prazo porque todos os presidentes também podem vir a ficar em situação similar à de seus pares.

⁴³ FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fábio Ferraz de, **História Oral do Supremo [1988-2013]-Cezar Peluso**, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015, pp. 136-138. Em especial, o seguinte trecho: “Juntam três, quatro senadores e pedem audiência para o presidente do tribunal. O presidente do tribunal tem que receber. Chegam lá: “Ministro, tem o caso tal que interessa ao parlamento, está acontecendo isso no Rio Grande do Norte, precisa resolver. É o caso das professoras que estão lá sem receber, sem aumento, dá para julgar?” “Com quem está o processo?” “Está com o ministro tal, está desde tanto lá, será que V. Exa. pode falar com ele?” “Vou falar com ele, mas não sei o que vai acontecer”. Eu chego e digo: “Olha, os senadores vieram aí e estão pedindo se você pode atender ou não”. É isso que o presidente faz, não faz mais que isso. Nem pode fazer mais que isso. (p.137)”

⁴⁴ Pesquisa empírica que pretendeu verificar se a presença de constrangimentos da resolução 278/2003 surtiu efeitos sobre a observância do prazo de 10 dias para devolução de vistas concluiu que o poder-dever de requisição nunca foi exercido pelo presidente, e os prazos para devolução não foram obedecidos em 6 dos 8 casos analisados. (ARVIGO, Maru, **Pedido de vista como um poder individual sobre a deliberação**, Monografia (especialização/iniciação científica) - Escola de Formação - Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo/SP, 2016) O autor analisou todas as 8 ações diretas de inconstitucionalidade nas quais houve pedido de vista após o início da vigência da resolução 278/2003, e cujo julgamento foi finalizado sob vigência da resolução 278/2003 (entre 29/03/2004 a 28/05/2006).

O mapeamento do desenho institucional indica que o caminho travado pelos processos, desde a autuação até a finalização do julgamento, é complexo e admite uma multiplicidade de ritos. Esse caminho tortuoso revela, ainda assim, três instrumentos por meio dos quais os ministros, individualmente, podem influenciar na formação da agenda de julgamento do tribunal: a liberação pelo relator, a inclusão em pauta pelo presidente e o pedido de vista.

2. Os poderes de agenda

A descrição do desenho institucional indicou a complexidade na relação entre os elementos que determinam a formação da agenda de julgamentos do STF. Apesar da complexidade⁴⁵, é possível perceber que a finalização de um julgamento no plenário depende de três eventos nucleares: (i) que o caso seja liberado para julgamento pelo relator (ii) incluído em pauta pelo presidente, e (iii) que os demais ministros se abstenham de pedir vista.

A descrição do caminho percorrido pelos processos desde a autuação até a finalização do julgamento indicou que o relator não tem exclusividade no poder de liberação para julgamento. Ainda assim, é a única espécie de liberação que invariavelmente existirá em todas as ações que tramitam no STF. Para que uma ação venha a ser pautada pelo presidente, ela precisa ter sido, em algum momento, liberada para julgamento pelo relator.

O relator tem, por isso, dois poderes em potencial: selecionar o órgão decisório e, adiar indefinidamente o início de um julgamento por meio do controle do momento da

⁴⁵ A multiplicidade de ritos aponta para o fato de que a agenda de julgamento do plenário é afetada por muitos outros elementos além dos três poderes individuais destacados. Ela é afetada também por processos decisórios coletivos nas turmas, poderes individuais utilizados no plenário virtual ou mesmo atores externos, na hipótese de pedidos de destaque do plenário realizado pelas partes e deferido pelo relator do caso. Na hipótese de remessa da turma para o plenário, por exemplo, uma decisão coletiva da qual participam cinco ministros que integram a turma é fundamental para a formação da agenda e possivelmente ao resultado do julgamento, pois dela decorre a remessa da ação ao reservatório de casos do plenário disponíveis à seleção pelo presidente.

liberação⁴⁶. Há apenas dois limites explícitos ao poder de liberação do relator⁴⁷: sua posse na presidência do tribunal e sua aposentadoria. Quando um ministro toma posse na presidência do tribunal, o acervo de casos sob sua relatoria é transmitido ao ministro que deixa a presidência, salvo se o relator tiver apostado seu visto⁴⁸. Permanecem sob sua relatoria tão somente os casos que já foram liberados para julgamento, ou aqueles que já contam com algum visto do relator. Quando o relator se aposenta sem que tenha liberado um caso para julgamento, seu acervo é transferido ao sucessor.

O poder de definir a pauta de julgamento, por sua vez, tem natureza distinta das prerrogativas de liberação para julgamento pelo relator ou vistor. Isso porque compete ao presidente definir, de modo definitivo, quais casos ingressarão na pauta de cada sessão de julgamento. A definição da pauta de julgamento permite não apenas o adiamento de decisões, como também a definição de quais casos, em última análise, serão julgados pelo colegiado. É verdade que essa seleção parte tão somente dos casos liberados para julgamento e é por isso que os demais poderes também influem na formação da agenda de julgamento. Ainda assim, o poder do presidente não é só passivo – filtrar o que não será julgado, no que Mendes já denominou inércia seletiva⁴⁹ -. O poder de pauta é também ativo - poder de selecionar o que será pautado. Ao selecionar um caso em detrimento de outro também liberado para julgamento, o presidente altera o status quo, com a certeza de que o julgamento ao menos terá início, ainda que possa ser interrompido por pedido de vista.

O poder de pauta do presidente tem como limitação o caráter bienal da presidência. Uma vez eleito pelos pares, cada ministro exerce a presidência por dois anos. Por tradição, há uma rotação no cargo, com a eleição do ministro mais antigo no tribunal que ainda não exerceu a presidência. Com isso, cada ministro exerce a presidência apenas

⁴⁶ Contudo, cabe a ressalva de que a demora na liberação para julgamento nem sempre ocorre em razão do exercício de poderes agenda. Outros fatores, como a demora da AGU ou da PGR em juntar parecer sobre o caso, a opção por convocar audiência pública, a existência de muitas partes no processo ou a apresentação de muitos pedidos de participação como *amicus curiae* podem colaborar para tornar o trâmite do processo mais moroso.

⁴⁷ Trata-se de dois limites formalmente impostos pelo desenho institucional. Isso não exclui a possibilidade da existência de limites informais que, contudo, ainda não foram mapeados pela literatura empírica.

⁴⁸ Trata-se da redação do art. 75 do Regimento Interno, segundo o qual “Art. 75. O ministro eleito presidente continuará como relator ou Revisor do processo em que tiver lançado o relatório ou apostado o seu visto.” Existe, em verdade, a possibilidade de que o relator aponha seu visto em um processo e, com isso, permaneça na relatoria. Não há informações a respeito de quais atos processuais poderiam ser considerados como visto, ou ainda sobre modo como a redistribuição ocorre (se é manual ou automática). É possível supor, contudo, que a apreciação de cautelar já poderia ser elemento a ensejar que o ministro possa permanecer na relatoria.

⁴⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.82.

uma vez em toda sua trajetória no tribunal. Em razão deste arranjo institucional, o poder de filtrar o que não será julgado, mantendo o status quo, é limitado ao intervalo de tempo de duração do mandato. Se um caso passa composições distintas liberado para julgamento sem que tenha sido pautado, a demora não pode ser atribuída a uma única presidência. É por isso que o caráter bienal da presidência relativiza ou, ao menos, limita a natureza individual deste aspecto do poder de pauta – o poder de não julgar.

A aposentadoria do ministro relator também funciona como limitação prevista no desenho institucional ao poder de pauta do presidente, pois é o limite temporal máximo para que um caso liberado para julgamento seja pautado. Quando um ministro relator se aposenta sem que todos os casos que liberou para julgamento tenham sido pautados e chamados a julgamento, seu relatório é descartado, o caso é redistribuído a seu sucessor e a ação é retirada de pauta. Caberá, nessa hipótese, ao sucessor a prerrogativa de elaborar um voto e liberar o caso novamente para julgamento quando entender pertinente.

Por fim, também o pedido de vista representa um poder individual, pois a finalização de um julgamento depende que todos os ministros se abstenham de pedir vista dos autos. De acordo com levantamento realizado por Arguelhes e Hartmann, a vasta literatura processual atribui a esse instituto a finalidade de possibilitar que os juízes, caso não se sintam prontos para proferirem a decisão, interrompam o julgamento para que possam refletir sobre o caso antes de seu voto⁵⁰. Contudo, pesquisa empírica conduzida pelos autores indica que essa ferramenta pode permitir a postergação de decisões finais do colegiado para momento mais oportuno⁵¹. É deste modo que o pedido de vista possibilitaria não só a interrupção de julgamento iniciado, como também o controle do timing e a influência individual sobre a agenda de julgamento do tribunal.

Este desenho institucional é fragmentado, em dois sentidos: (i) em diversos atores e (ii) em distintas etapas no tempo do julgamento. Da fragmentação dos poderes de agenda em diversos atores e em etapas distintas no tempo decorre o que denomino binômio concentração-pulverização. A fragmentação do poder de agenda concentra o poder de não julgar em cada um dos onze ministros que compõe um tribunal. Para que

⁵⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A., Timing control without docket control: How individual justices shape the brazilian supreme court's agenda, **Journal of Law and Courts**, v. 5, n. 1, p. 105–140, 2017.

⁵¹ Ao correlacionar os pedidos e devoluções de vista realizados entre 1988 e 2013 com as datas de alteração de mandato presidencial e composição da Corte, a pesquisa encontrou indícios que fortalecem a hipótese de que as vistas sejam um instrumento utilizado como controle do timing da decisão. Com isso, os pedidos de vista funcionariam como uma espécie de poder de veto individual, nas mãos de cada ministro sobre decisão do momento em que um caso deve ser julgado. (cf. *Ibid.*)

um caso não seja julgado, basta que um único ministro obstrua o início ou a finalização do julgamento. Em contrapartida, a fragmentação do poder de agenda pulveriza o poder de julgar, ou seja, ninguém tem total controle sobre o poder de julgar. Se um único ministro pode decidir sozinho pela obstrução, a finalização de um julgamento depende da concordância tácita de todos os onze ministros.

Deste modo, por funcionarem como filtros individuais ao produto da atividade do tribunal, essas três ferramentas têm o potencial de influenciar no tempo dos julgamentos. A interação entre elas tem como resultado a definição do tempo dos julgamentos.

Para avaliar as implicações normativas dos poderes de agenda, este trabalho partirá exclusivamente de exemplos existentes na dinâmica de definição da agenda de julgamentos do plenário físico, que tem como característica a interação entre os três tipos de atores descritos nesta seção⁵².

A descrição dos instrumentos de influência na agenda de julgamentos indicou que o plenário físico não é o único órgão decisório do tribunal, sobretudo após o aumento nas competências do plenário virtual⁵³. Apesar das particularidades na dinâmica de cada arena decisória, o diagnóstico do individualismo pode ser replicado para cada uma delas.

A depender da arena decisória, a distribuição de poderes e as ferramentas para obstruir o julgamento podem ser distintas. A dinâmica pode mudar, mas persistem características nucleares da fragmentação dos poderes de agenda no tempo e em mais de um ator. No plenário virtual, a fragmentação se manifesta na figura da definição da agenda de julgamento – que cabe exclusivamente ao relator –, bem como na possibilidade de que o julgamento seja interrompido ou até deslocado para o plenário físico por meio de pedido de vista ou de destaque por qualquer ministro. Nas turmas, manifesta-se na figura da liberação para julgamento, pelo relator, bem como pela possibilidade de pedidos de vista, ainda que a remessa ao plenário passe por uma decisão colegiada.

⁵² Essa opção se justifica porque a dinâmica do plenário físico já é mais conhecida e saliente, o que permite a identificação de casos-exemplo. (cf. supra, nota 1)

⁵³ No caso das turmas, há, em tese, uma diferença de competências possivelmente responsável por retirar das turmas a possibilidade de apreciação de parte dos casos. No plenário virtual, com a ampliação de competências da Resolução 669/20, essa distinção não existe: tudo que pode ser julgado pelo plenário físico pode ser julgado pelo plenário virtual. Saber o que é julgado em uma arena e o que é julgado em outra depende, a princípio, do relator. Contudo, no caso do plenário virtual, depende também da concordância tácita de todos os outros 11 ministros, a quem cabe pedir destaque, caso discordem do julgamento virtual.

A existência de mais de uma arena decisória também não esvazia a importância do plenário físico ou mesmo do poder de pauta do presidente. Como visto, todas as demais arenas decisórias viabilizam uma espécie de remessa ao plenário, em alguns casos com a reinicialização do julgamento. Além disso, uma vez remetido ao plenário, o caso ainda dependerá da definição da pauta pelo presidente⁵⁴.

Com essa ressalva, na seção seguinte, reconstruirei a narrativa de casos-exemplo do exercício dessas ferramentas na prática do tribunal, de modo a ilustrar os potenciais do desenho institucional.

3. Os potenciais do desenho institucional

A descrição dos poderes de agenda revelou um potencial de influência sobre o tempo dos julgamentos. Esta seção pretende descrever quais são as suas possíveis implicações, em termos de alocação de poder.

A narrativa de casos concretos nos quais essas ferramentas de controle individual sobre o tempo do julgamento foram utilizadas é útil para ilustrar, a partir de comportamentos individuais, o potencial decorrente da alocação de poderes individuais operada pelo desenho institucional⁵⁵. Delinear esses elementos do desenho institucional a partir de casos concretos, além disso, indicará o modo como esses poderes são distintos de outros elementos do individualismo decisório mapeados pela literatura e será relevante para relacioná-los com o debate teórico-normativo.

Os casos exemplo foram selecionados por sua saliência, a partir de notícias do jornal Folha de S. Paulo⁵⁶ nas quais menciona-se que houve a utilização de ao menos um

⁵⁴ Uma outra questão é saber, empiricamente, quais os efeitos da equiparação das competências do plenário virtual ao físico para a dinâmica dos poderes individuais. A ausência de poder de pauta da presidência no plenário virtual é uma distinção relevante, e ainda não existem trabalhos empíricos destinados a avaliar se houve uma diminuição no poder do presidente. De qualquer modo, alteram-se os atores, persiste o individualismo.

⁵⁵ Com isso, não quero afirmar que esses casos sejam representativos do total de casos do tribunal, ou que indiquem todos os potenciais usos desses instrumentos de modo a influir no julgamento.

⁵⁶ Optei por utilizar a Folha de S. Paulo por se tratar do jornal de maior tiragem e circulação. As notícias foram obtidas no acervo online do jornal Folha de S. Paulo, por meio da busca das palavras-chave “exato: pediu vista, todos: STF” (214 resultados); “exato:colocou a julgamento, todos:STF” (1 resultado); “exato:incluiu em pauta, todos:STF” (10 resultados); “exato:levou a plenário, todos:STF” (4 resultados); “exato:liberou para julgamento, todos:STF” (5 resultados); “exato:pauta de julgamento, todos:STF” (79 resultados), entre 5 de outubro de 1988 e 31 de outubro de 2019 (data de fechamento do banco). A pesquisa retornou 313 notícias, nem todas pertinentes. Isso porque, como a indexação no acervo se dá por página do jornal e não por notícia, por vezes a palavra-chave “STF” e a outra palavra-chave buscada apareciam em notícias distintas. Em outros casos, também reputados impertinentes, a notícia não tratava propriamente de nenhuma ação em específico (a exemplo de notícias que indicavam posse, homenagem ou aposentadoria de ministros). Dentre as pertinentes, foram selecionados seis casos nos quais foi possível identificar a influência de alguma dessas ferramentas no timing do julgamento. São eles: Foro privilegiado, execução

dos mecanismos (pauta, vista ou liberação).⁵⁷ Optei pela busca de casos salientes por pressupor que, nos casos relevantes para a mídia, as eventuais consequências para o processo e para o resultado são mais facilmente identificáveis.

A utilização de notícias como medida da saliência permite a identificação de casos relevantes de modo contemporâneo ao invés de retrospectivo⁵⁸, superando a dificuldade de eventual ausência de finalização do julgamento. A medida não é livre de deficiências⁵⁹, razão pela qual os casos foram complementados com ações mencionadas em outros trabalhos presentes na literatura⁶⁰.

Após análise preliminar dos resultados da busca, selecionei 6 casos nos quais é possível identificar que o tempo ou a seleção de casos desempenhou algum papel no processo decisório ou na decisão final. Reconstruí a narrativa desses casos para descrever o potencial decorrente deste desenho institucional⁶¹.

O comportamento individual mapeado nos casos exemplo aponta para quatro espécies de poderes decorrentes da influência no tempo dos julgamentos⁶². O primeiro

provisória da pena/HC do Lula, Porte de drogas para uso pessoal, Financiamento de campanhas, Auxílio moradia e Indulto de 2017.

⁵⁷ Essa opção metodológica foi adotada pois os casos têm por objetivo auxiliar na descrição do poder potencial alocado pelo desenho, e não analisar de modo exaustivo o comportamento no uso desses instrumentos. Além disso, algumas pesquisas estadunidenses já identificaram que a saliência pode influir no comportamento estratégico dos julgadores (cf. LEWIS, David A.; ROSE, Roger P., Case Salience and the Attitudinal Model: An Analysis of Ordered and Unanimous Votes on the Rehnquist Court, **Justice System Journal**, v. 35, n. 1, p. 27–44, 2014.)

⁵⁸ EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey A., Measuring issue salience, **American Journal of Political Science**, p. 66–83, 2000. ;

⁵⁹ A seleção do que será noticiado na mídia também sofre influências externas, isto é, não é neutra. Podem ficar de fora outras possíveis consequências igualmente relevantes para o processo decisório que, apesar de não terem captado a atenção da mídia. Além disso, esses instrumentos de definição da agenda são silenciosos. Não é necessariamente relevante ou de fácil compreensão a informação de que determinado caso é pautado, porém retirado de pauta, ou de que um caso não foi liberado para julgamento pelo relator, ou que perdeu objeto. Além disso, a cobertura midiática do STF cresceu de modo significativo a partir da última década, o que faz com que os casos captados nas notícias sejam mais recentes.

⁶⁰ Para esta etapa, parti de entrevistas ao Projeto História Oral do STF, bem como outros trabalhos que trataram especificamente do tempo e poderes individuais no STF. Com isso, foram acrescentados ao universo de casos-exemplo (i) a ação envolvendo aborto de feto anencefálico, identificado em uma entrevista do projeto História Oral, (ii) os casos de perda de objeto em ADIs, no ano de 2018, mapeados por Giovana Mauad (MAUAD, Giovanna Perez, **O Supremo Tribunal Federal e as decisões monocráticas: uma análise crítica sobre colegialidade**, Monografia (especialização/iniciação científica) - Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Pública, São Paulo/SP, 2019.) e os mandados de segurança impetrados à época do impeachment de Dilma Rousseff, mencionados em (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, ‘The Court, it is I’? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory, **Global Constitutionalism**, v. 7, n. 2, p. 236–262, 2018).

⁶¹ Quando foi necessário, para reconstruir a narrativa desses casos (uma vez identificados e selecionados), recorri a notícias, disponíveis em outras mídias impressos ou eletrônicas a partir da busca exata do número da ação ou de palavras-chave temáticas dos casos selecionados.

⁶² Optei por criar novas classificações a partir dos casos concretos analisados, ao invés de partir da classificação de Arguelhes e Ribeiro. Os autores subdividem os mecanismos individuais de influência sobre o processo político dentre (i) a definição da agenda, (ii) sinalização de posições a atores externos em nome

potencial decorrente dos poderes de agenda consistiria em (1) fornecer sinalizações ao legislativo e à sociedade a respeito de um julgamento iminente ou da posição do tribunal.

O segundo deles consistiria em (2) influenciar, em maior ou menor grau, a formação da maioria decisória, com consequências para o resultado. Nesses casos, deixar o julgamento para um momento futuro pode (i) fazer com que a decisão seja tomada por outra composição do tribunal, em outras circunstâncias sociais e com mais chances de conclusão distinta, ou (ii) fazer com que a decisão seja proferida em contexto político e social oportuno.

O terceiro poder em potencial consiste (3) na determinação integral do resultado de um caso ou dos efeitos práticos que dele decorrem⁶³.

De modo extremo, os poderes de agenda também podem ser utilizados para (4) obstruir indefinidamente o início ou finalização do julgamento, de modo a ocasionar a ausência de decisão. É possível que a obstrução de julgamentos por período indefinido tenha como objetivo uma opção institucional de aguardar a edição de ato normativo pelo legislativo que resolva a questão constitucional e torne desnecessário o posicionamento do tribunal. Ainda assim, fato é que ocasionar a ausência de decisão é um poder individual.

da corte ou (iii) efetivamente decidir casos, o que denominam controle de constitucionalidade individual. A classificação é interessante mas não seria de imediato compatível com o objeto de estudo de meu trabalho, que é um pouco mais restrito. A definição da agenda é por si só um poder individual, mas tem como consequência a alocação de mais de um poder que podem ser aprimorados e detalhados, como proponho nesta categorização. Além disso, nem sempre o uso de instrumentos individuais leva ao que os autores denominam controle de constitucionalidade individual. Em algumas hipóteses, a definição da agenda influi na formação da maioria decisória, mas não é capaz de determinar individualmente o resultado porque ele ainda dependerá da passagem pelo processo decisório interno. Já a sinalização de opiniões não ocorre somente por meio de posicionamentos individuais na mídia. Ela pode também ser implicação da postergação de um julgamento em razão do exercício do poder de pauta.

⁶³ É preciso uma ressalva antes da apresentação desses potenciais de influência sobre o timing. A opção pelo uso das ferramentas de controle do timing pode ser motivada por juízos individuais a respeito da melhor estratégia institucional, quando decorrem de preocupações com consequências para a corte como instituição em sua relação com a opinião pública e poderes, ou por estratégias voltadas à maximização de uma preferência individual sobre o resultado, em detrimento da posição da maioria. Tipologia similar já foi utilizada por Arguelhes e Hartmann, que agruparam gêneros de motivações de comportamentos individuais subdividindo-os em “preocupações com legitimidade” (legitimacy concerns) e “preocupações com o resultado” (outcome concerns). (Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A., Timing control without docket control: How individual justices shape the brazilian supreme court’s agenda, *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, p. 105–140, 2017.) É possível especular que, muitas vezes, essas considerações confundam-se. A consideração institucional sobre o quão preparada está a sociedade para determinada decisão, por exemplo, passa por um juízo substantivo a respeito de qual é a melhor decisão. O presente trabalho não tem por objetivo avaliar a motivação do comportamento dos ministros, o que seria, por si só, uma outra agenda de pesquisa. Esta seção tem tão somente o objetivo de criar uma tipologia de potenciais utilizações dos poderes de agenda, ilustrada por exemplos concretos discricionariamente alocados nas respectivas categorias.

A finalidade desta tipologia é descritiva. Ainda que cada um dos poderes de agenda tenha nuances próprias, a tipologia indica o potencial em comum entre a liberação pelo relator, as vistas e o poder de pauta. Indica, com isso, o que cada ministro é capaz de fazer quando utiliza sua ferramenta de influência sobre o tempo dos julgamentos.

3.1. Sinalizações ao legislativo ou à sociedade

A interrupção de julgamento iniciado, seja por meio do poder de pauta, seja pelo pedido de vista, pode servir para que o STF forneça uma sinalização a outros poderes. A inclusão em pauta, sinalização da iminência de discussão de um tema ou mesmo de determinada orientação da decisão do tribunal poderia servir para estimular e aguardar o posicionamento do legislativo na temática.

O julgamento a respeito das restrições ao alcance do foro por prerrogativa de função (AP-QO 937) para parlamentares federais ilustra como essa interlocução pode ocorrer.

Em despacho de fevereiro de 2017, o ministro Roberto Barroso, relator da AP 937, indicou a necessidade de discussão de tese que buscava limitar a aplicação do foro por prerrogativa de função, e então liberou a ação para o julgamento do plenário. Autuada em 2015, a ação penal havia sido originalmente liberada para julgamento da turma em 2016. Após a liberação pelo relator, a ação foi prontamente incluída no calendário de julgamentos pela presidente Cármen Lúcia, em 19 de abril de 2017, com julgamento agendado para o final do mês seguinte.

Pouco depois, começaram a ser observadas movimentações no Senado no sentido de acelerar a tramitação da PEC 10/2013⁶⁴, que buscava extinguir o foro por prerrogativa de função no caso de crimes comuns. A PEC foi aprovada em primeiro turno no Senado em 26 de abril de 2017⁶⁵, e em segundo turno no dia 31 de maio de 2017⁶⁶. Na mesma data, teve início no STF o julgamento da questão de ordem na AP 937, e o ministro

⁶⁴ SARDINHA, Edson, Senador reúne apoio exigido para votação do fim do foro privilegiado, **Congresso em Foco**, 16.03.2020, disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/senador-reune-apoio-necessario-para-votacao-do-fim-do-foro-privilegiado/>>, acesso em: 27 mar. 2020.

⁶⁵ SENADO NOTÍCIAS. Fim do foro privilegiado é aprovado em primeiro turno por unanimidade, **Senado Notícias**, 26.04.2017, disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/26/fim-do-foro-privilegiado-e-aprovado-em-primeiro-turno-por-unanimidade/>>, acesso em: 27 mar. 2020.

⁶⁶ SENADO NOTÍCIAS. Senado aprova o fim do foro privilegiado, que segue para a Câmara, **Senado Notícias**, 31.05.2020, disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/31/senado-aprova-o-fim-do-foro-privilegiado-que-segue-para-a-camara/>>, acesso em: 11 fev. 2020.

Roberto Barroso propôs a adoção da tese segundo a qual o foro por prerrogativa de função deveria valer apenas para crimes relacionados ao exercício da função e cometidos durante o exercício do cargo. Na mesma sessão, um pedido de vista do ministro Alexandre de Moraes suspendeu o julgamento, mas isso não impediu que três ministros antecipassem seus votos para acompanhar o relator.

As vistas foram devolvidas em três meses, e a ação foi prontamente pautada para 23 novembro de 2017. A notícia da inclusão em pauta da AP 937 fez com que a Câmara, a princípio sem perspectiva de votar a PEC 10/2013⁶⁷, acelerasse a tramitação, para se antecipar ao STF. Rapidamente, em 22 de novembro, a PEC 10/2013 foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça⁶⁸.

Na sessão da continuidade do julgamento, outros dois ministros (Edson Fachin e Celso de Mello) acompanharam o relator, e Alexandre de Moraes apresentou divergência parcial. Contudo, o julgamento foi novamente suspenso por pedido de vista, desta vez do ministro Dias Toffoli. A suspensão do julgamento por pedido de vista ocorreu quando já havia maioria formada pela tese da restrição no alcance do foro por prerrogativa de função. Ao pedir vista, o ministro sugeriu que o STF deveria aguardar a apreciação da questão pelo Congresso, que já estava se movimentando nesse sentido⁶⁹.

Na Câmara, o debate sobre a PEC 10/2013 se arrefeceu⁷⁰, e o advento da decretação da intervenção federal no Rio de Janeiro suspendeu a tramitação de PECs⁷¹. Em março de 2018, o ministro Dias Toffoli devolveu a vista, e a ação foi pautada para o mês seguinte, quando então o tribunal concluiu o julgamento, restringindo o alcance do foro por prerrogativa de função⁷².

⁶⁷ PEREIRA, Joelma. Aprovado no Senado, fim do foro privilegiado encalha na Câmara. **Congresso em Foco**. 26.09.2017, Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/aprovado-no-senado-fim-do-foro-privilegiado-encalha-na-camara/>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

⁶⁸ JUNGBLUT, Cristiane, CCJ da Câmara votará PEC do foro privilegiado um dia antes de STF retomar o assunto, **O Globo**, 22.11.2017, disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/ccj-da-camara-votara-pec-do-foro-privilegiado-um-dia-antes-de-stf-retomar-assunto-22072793>>, acesso em: 27 mar. 2020.

⁶⁹ BETIM, Felipe, STF abre caminho para limitar foro privilegiado de deputados e senadores, **EL PAÍS**, 23.11.2017, disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/23/politica/1511464819_756831.html> acesso em: 27 mar. 2020.;

⁷⁰ CALGARO, Fernanda, **Após 4 meses parada na Câmara, PEC do foro privilegiado corre risco de ser engavetada**, **G1**, disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/apos-4-meses-parada-na-camara-pec-do-foro-privilegiado-corre-risco-de-ser-engavetada.ghtml>>, acesso em: 27 mar. 2020.

⁷¹ MAZUI, Guilherme; CARAM, Bernardo; CASTILHOS, Roniara, Temer assina decreto de intervenção federal na segurança do Rio de Janeiro, **G1**, 16.02.2018, disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-assina-decreto-de-intervencao-federal-na-seguranca-do-rio-de-janeiro.ghtml>>, acesso em: 27 mar. 2020.

⁷² CRUZ, Valdo. Cármen Lúcia pauta para 2 de maio retomada de julgamento de restrição do foro privilegiado, **G1**, 13.04.2018, disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/valdo-cruz/post/2018/04/13/carmen-lucia-pauta-para-2-de-maio-retomada-de-julgamento-de-restricao-do-foro-privilegiado.ghtml>>, acesso em: 11 fev. 2020.

O caso ilustra o uso do timing e da interrupção de julgamentos como forma de dar sinalizações para o legislativo, bem como o uso da interrupção com o intuito de aguardar o posicionamento do legislativo. Também exemplifica que esses instrumentos são individuais, mas podem ser utilizados com alguma coordenação – e sem ela não atingem necessariamente as mesmas finalidades. No caso, a rapidez no trâmite da AP 937 só foi possível em razão da atuação convergente do relator, que remeteu a ação ao plenário aproveitando o aquecimento das discussões a respeito da restrição ao foro privilegiado no legislativo, e da presidente, que pautou a ação prontamente, após as liberações para julgamento – tanto pelo relator, quanto pelas devoluções das vistas.

O caso também ressalta, porém, que essa coordenação é ausente de transparência ou previsibilidade, e depende da convergência de vontades dos ministros que detêm os poderes utilizados. Não há informações a respeito de instrumentos existentes para forçar essa coordenação, e ela continua sendo caracterizada pelo aspecto individual.

O segundo caso que ilustra como a agenda de julgamento pode ser instrumental para sinalização ao legislativo envolve o recurso extraordinário que questiona a constitucionalidade da tipificação como crime do porte de drogas para uso pessoal (RE 635659).

A ação foi autuada em 2011, e teve o julgamento iniciado em setembro de 2015, com votos dos ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso, dando provimento do recurso, e do ministro Edson Fachin, dando parcial provimento. Em seguida, pediu vista o ministro Teori Zavascki. O ministro faleceu em janeiro de 2017 e, com isso, os autos foram distribuídos a seu sucessor, ministro Alexandre de Moraes. O ministro devolveu os autos para julgamento em novembro de 2018. Desde então, o presidente do tribunal incluiu-o no calendário de julgamentos mais de uma vez (para junho e, posteriormente, novembro de 2019), para em seguida retirá-lo de pauta⁷³.

A imprensa especula que a retirada de pauta teria agradado o governo, tanto por evitar continuidade de julgamento que conta com três votos no sentido contrário à orientação ideológica do governo, quanto por conferir ao legislativo mais tempo para que delibere a respeito de mudanças na Lei Antidrogas⁷⁴. O caso ilustra como a prerrogativa

⁷³ TUROLLO Jr, Reynaldo. Toffoli desmarca debate sobre descriminalização do porte de drogas, **Folha de S.Paulo**, 30.05.2019, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/toffoli-desmarca-debate-sobre-descriminalizacao-do-porte-de-drogas.shtml>>, acesso em: 12 fev. 2020.

⁷⁴ BRÍGIDO, Carolina, Toffoli ganha pontos com o governo ao adiar julgamento de drogas, **Época**, 17.06.2019, disponível em: <<https://epoca.globo.com/toffoli-ganha-pontos-com-governo-ao-adiar-julgamento-de-drogas-23745301>>, acesso em: 12 fev. 2020.

de pautar um caso e retirá-lo de pauta pode ser utilizada para fornecer sinalizações ao legislativo.

3.2. Influência na formação da maioria decisória

A influência individual na duração e no compasso do julgamento tem o potencial de possibilitar uma interferência substancial na formação da maioria decisória e, com isso, na decisão⁷⁵, seja para maximizar determinada preferência sincera, seja para maximizar uma preferência estratégica que leva em consideração preocupações institucionais⁷⁶.

Isso pode ocorrer de dois modos. O primeiro deles consiste na seleção de determinados casos em um contexto oportuno, de modo a influenciar no resultado, mesmo sem a alteração na composição. O segundo consiste na obstrução do julgamento para aguardar mudança na composição do tribunal.

3.1.1. Seleção de casos e circunstâncias políticas e sociais

A seleção do caso a ser julgado e as circunstâncias políticas e sociais do julgamento podem influenciar no voto de alguns dos ministros que compõem o tribunal. Especialmente em casos nos quais há maioria acirrada – no caso do STF, de seis a cinco -, essa influência pode ter consequências para o resultado.

As ações que discutiam a possibilidade de execução provisória da pena são exemplo deste poder em potencial. Esses casos contam também com a combinação de ferramentas de controle sobre a agenda com o poder individual de escolher qual órgão do tribunal julgará a ação⁷⁷.

⁷⁵ Afirmando que essas são apenas potenciais estratégias, mas sem afirmar que elas de fato se concretizem. Trabalhos empíricos ainda são necessários para verificar o quanto (e com qual frequência) esses potenciais se concretizam na realidade, quais as limitações desses poderes e como eles interagem entre si. É possível – e provável – que esses poderes não sejam tão amplos como a princípio se possa acreditar. A própria dificuldade de sistematização das temáticas dos casos tramitando no tribunal e de atualização do andamento dos casos do gigantesco acervo podem ser obstáculos práticos ao exercício desses mecanismos. Ou seja: provavelmente, nem toda demora decorre de um uso racional e proposital desses poderes.

⁷⁶ Os termos remetem à literatura de comportamento judicial. De acordo com o modelo estratégico, o comportamento dos juízes será um ajuste entre suas preferências e a preferência de demais atores internos e externos ao tribunal. James Gibson, por exemplo, sugere que as decisões judiciais seriam determinadas em função das preferências dos juízes, moderadas pela noção do que eles acreditam que devem fazer (ou seja, o papel que acredite desempenhar), mas constrangidas tanto por elementos institucionais (instituições formais – regras – e informais – práticas institucionais) quanto ambientais (o ambiente sociopolítico no qual a decisão se insere). (Cf. GIBSON, James L. From Simplicity to Complexity: The Development of Theory in the Study of Judicial Behavior. **Political Behavior**, v. 5, n. 1, p. 7–49, 1983)

⁷⁷ O caso exemplifica como a combinação das ferramentas de controle sobre a agenda com outros poderes individuais previstos no desenho institucional do STF pode ampliar seu potencial de influência substancial.

O plenário do STF debruçou-se pela primeira vez sobre o tema em 2009, quando, por sete votos a quatro, decidiu pela impossibilidade de execução provisória da pena de réus condenados em segunda instância (antes do trânsito em julgado).

De 2009 até 2016, a jurisprudência no tema parecia pacificada no sentido da impossibilidade de execução provisória da pena. No auge da operação Lava-Jato, a discussão foi ressignificada no debate público e tornou-se um dos principais palcos do embate entre defensores do recrudescimento da legislação penal para combate à corrupção e críticos aos abusos da operação Lava-Jato. Nesse contexto, o tema voltou ao plenário do STF em 2016. Em sede do HC 126.292, e a maioria dos ministros votou pela possibilidade de execução provisória da pena sem o trânsito em julgado.

A partir de 2017, contudo, a imprensa passou a noticiar a existência de maioria formada nos bastidores do STF no sentido de alterar novamente o entendimento⁷⁸. Ainda em dezembro de 2017, o ministro Marco Aurélio liberou para a pauta uma ação de controle abstrato (ADC 43) que tratava do mesmo tema e pedia que se reconhecesse a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. A ADC 43 havia sido ajuizada pouco depois do julgamento do HC 126.292, em 2016, e chegou a ter a liminar indeferida colegiadamente em outubro do mesmo ano, confirmando o entendimento do HC 126.292. Contudo, a liberação do mérito para julgamento definitivo ocorreu apenas no final de 2017, quando já se noticiavam alterações nos bastidores.

Em janeiro de 2018, o ex-presidente Lula foi condenado pelo TRF-4 por corrupção passiva, confirmando uma sentença do então juiz Sérgio Moro. Era ano de eleições e, com isso, a condenação em segunda instância implicaria não apenas a prisão imediata como também um obstáculo à sua participação na campanha. Nesse contexto, em fevereiro de 2018, a defesa de Lula impetrou o HC 152.752 no STF, alegando a impossibilidade de execução provisória da pena.

Ainda que o Regimento Interno indicasse hipótese de competência, em regra da turma (art. 9º, I, a), o relator, ministro Edson Fachin, liberou o caso para o plenário. A

Trata-se apenas de uma das ferramentas reveladas nos casos mapeados, mas é provável que existam diversos outros elementos no desenho institucional dotados deste potencial. É possível lançar a hipótese, por exemplo, que dois elementos possam ser combinados com instrumentos de timing: o instituto das suspensões de liminar como ferramenta para sustar os efeitos de medidas cautelares monocraticamente proferidas e, durante a sessão, o quórum de julgamento e a condução dos trabalhos/velocidade do voto de modo, que podem retardar ou acelerar o andamento da sessão. Inexistem trabalhos destinados a mapear e testar todas as combinações de ferramentas do desenho institucional de modo estratégico.

⁷⁸TEIXEIRA, Matheus, STF sinaliza mudança de entendimento sobre execução antecipada da pena, **Consultor Jurídico**, 08.08.2017, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-08/stf-sinaliza-mudanca-posicao-execucao-antecipada-pena>>, acesso em: 28 mar. 2020.;

justificativa apresentada foi a existência de “relevante questão jurídica e necessidade de prevenir divergência entre as turmas quanto à questão relativa à possibilidade de execução criminal após condenação assentada em segundo grau de jurisdição”.

A opção do ministro Edson Fachin, relator, teve implicações para o caso concreto por duas razões⁷⁹: Em primeiro lugar, porque a posição dos ministros que compunham a segunda turma era antecipável e contrária à execução provisória da pena, enquanto no plenário havia dúvidas sobre o resultado. Além disso, a definição da pauta da 2ª turma caberia ao seu presidente, ministro Gilmar Mendes, que já se manifestava na mídia⁸⁰ e em decisões monocráticas⁸¹ contrariamente à execução provisória da pena. Enquanto isso, a definição da pauta do plenário caberia à então presidente da Corte, ministra Cármen Lúcia, que se mostrava reticente em utilizar o caso para rediscutir a execução provisória da pena⁸².

Após resistência da então presidente do tribunal em pautar novamente o debate a respeito da execução provisória da pena⁸³, e da pressão por parte de alguns ministros, sua opção foi pautar o HC 152.752, para que nele a discussão fosse mais uma vez travada.

A seleção do caso a ser pautado, por parte da presidente, também teve implicações para o resultado. Antecipava-se nos bastidores, a partir de posicionamentos em julgamentos anteriores ou declarações à mídia, que os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli votariam pela mudança na jurisprudência. Nos julgamentos de habeas corpus ocorridos nas turmas e que tinham como discussão subjacente a execução provisória da pena, a ministra Rosa

⁷⁹ A partir destes fatos, houve quem interpretasse a opção como estratégica. (Cf. ESCOSTEGUY, Diego. Análise: Fachin quebra a defesa de Lula no Supremo, **O Globo**, 09.02.2018, disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/analise-fachin-quebra-defesa-de-lula-no-supremo-22386273>)

⁸⁰ FROUFE, Celia. “Nos fingimos de expertos e criamos um grave problema”, diz Gilmar sobre decisão do Supremo, **Estadão**, 05.04.2018, disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,supremo-tera-que-julgar-segunda-instancia-quase-que-de-imediato-diz-gilmar,70002255626>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁸¹ ESTADÃO CONTEÚDO, Gilmar Mendes barra execução de pena em 2ª instância de quatro condenados. **Istoé** 14.03.2018, Disponível em: <<https://istoe.com.br/gilmar-mendes-barra-execucao-de-pena-em-2a-instancia-de-quatro-condenados/>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

⁸² COLON, Leandro. Usar Lula para rediscutir regra de prisão é “apequenar” STF, diz Cármen, **Folha de S. Paulo**, 30.01.2018, Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1954340-usar-lula-para-rediscutir-regra-de-prisao-e-apequenar-stf-diz-carmen.shtml>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

⁸³ Cf., por exemplo, G1, “Não há razões para isso”, diz Cármen Lúcia sobre STF voltar a julgar prisão após condenação em 2ª instância. **G1**, 19.03.2018, disponível em: <<https://glo.bo/2VFKi1k>>. Acesso em: 10 abr. 2019; BENITES, Afonso. O controverso xadrez de Cármen Lúcia. **EL PAÍS**, 13.04.2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/11/politica/1523402462_659439.html>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Weber seguia a posição do colegiado, ressaltando sua posição pessoal no sentido da necessidade de aguardar o trânsito em julgado para a execução da pena⁸⁴.

No julgamento do HC 152.752, a ministra seguiu a mesma lógica. Para a ministra, ainda que a discussão estivesse ocorrendo em plenário, tratava-se de um habeas corpus, ação de controle difuso, na qual se alegava a existência de flagrante ilegalidade. Isso justificaria a opção por seguir o entendimento à época consolidado no tribunal, reconhecendo inexistência de ilegalidade na decisão atacada, pois a decisão atacada tão somente reafirmava posição consolidada pelo STF. A ministra afirmou que, se estivesse em discussão a ação de controle abstrato, seu voto seria diverso. Somente em novembro de 2019, o tribunal retornou ao entendimento anterior, que veda a execução provisória da pena. À época, o ex-presidente Lula, ainda preso, já possuía inclusive condições para progressão de regime⁸⁵.

O caso ilustra como o poder de seleção de casos, em contexto oportuno, pode ter implicações para a formação da maioria decisória. Ainda assim, não é possível dizer que houve uma determinação individual do resultado, pois ainda houve decisão do colegiado.

3.1.2. Alteração na composição e em circunstâncias políticas e sociais

Os poderes de agenda também podem ser utilizados para aguardar não apenas a existência de contexto oportuno, como também uma mudança de composição do tribunal. A diferença desta modalidade, com relação à descrita na seção 3.1.1, é de grau. No primeiro caso, a identificação de um contexto de julgamento oportuno não ocorre necessariamente em um longo intervalo de tempo. No segundo caso, a passagem de tempo é manifestada pela alteração de composição.

⁸⁴ MOURA, Rafael Moraes; PUPO, Amanda, **Voto de Rosa Weber deve indicar rumo de julgamento da 2ª instância no STF - Política**, Estadão, 24.10.2019, disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,rosa-weber-deve-indicar-rumo-de-julgamento-da-2-instancia-no-stf,70003061499>>, acesso em: 26 maio 2020.

⁸⁵ LELLIS, Leonardo, **Lula já pode solicitar progressão de regime — mas ele não quer**, VEJA, 23.09.2019, disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/lula-ja-pode-solicitar-progressao-de-regime-mas-ele-nao-quer/>>, acesso em: 14 fev. 2020.

A ação que debatia a interrupção da gestação no caso de gravidez de feto anencefálico (ADPF 54) ilustra como a prerrogativa de pedido de dia para julgamento pelo relator possui este potencial.

A ADPF 54 foi ajuizada em junho de 2004⁸⁶, e contou com uma demora de oito anos entre a autuação e a liberação para julgamento de mérito. Em julho de 2004, em decisão monocrática, o ministro Marco Aurélio reconheceu liminarmente o direito das gestantes à antecipação terapêutica do parto, desde que existisse laudo médico atestando a anomalia, e determinou o sobrestamento dos processos e de decisões não transitadas em julgado na matéria. O ministro submeteu a decisão a referendo em outubro do mesmo ano. Na ocasião, a maioria do plenário decidiu por revogar a cautelar concedida, na parte em que permitia o aborto. Votaram por cassar a cautelar os ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Velloso e Nelson Jobim.

Após o resultado da cautelar, o ministro Marco Aurélio só liberou o mérito da ação para julgamento seis anos depois, em fevereiro de 2011. No julgamento de mérito, em abril de 2012, o tribunal decidiu nos termos do voto do relator. Por maioria, declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual o aborto de fetos anencefálicos é conduta tipificada no Código Penal⁸⁷.

No período de sete anos entre o julgamento da cautelar e do mérito, houve significativa mudança na composição do tribunal, com a aposentadoria de cinco ministros (Eros Grau, Nelson Jobim, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie). Quatro

⁸⁶ Quatro meses antes do ajuizamento da ADPF 54, o STF julgou um habeas corpus preventivo no qual a paciente, grávida de feto anencefálico, requeria autorização para realizar o aborto (HC 84025, rel. ministro Joaquim Barbosa). Contudo, quando chegou ao STF, a mulher estava em estágio final de gravidez. O habeas corpus foi protocolado em 26/02/04, e rapidamente apresentado em mesa para julgamento e pautado em 04/03/04. Contudo, foi julgado prejudicado em razão do nascimento da criança. No julgamento, o relator, Joaquim Barbosa, fez questão de juntar seu voto – favorável ao aborto de feto anencefálico -. Nos debates da sessão, os ministros Celso de Mello e Ayres Britto também fizeram constar que eram favoráveis à tese. Essa narrativa mostra (i) como a existência dessa antecipação de posicionamento pode, por si só, ser uma forma de sinalização à sociedade, por meio de ferramenta não relacionada propriamente ao tempo do julgamento. Ema também é útil (ii) para contextualizar o momento de ajuizamento da ação. Quando protocolada, sabia-se que quatro ministros possivelmente votariam de modo favorável. Isso talvez explique o teste do ministro Marco Aurélio, ao submeter a cautelar aos pares no mesmo ano.

⁸⁷ No julgamento de mérito da ADPF 54, acompanharam integralmente o relator pela procedência os ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Britto. Os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello votaram em corrente própria, estabelecendo condicionantes ao diagnóstico da anencefalia. Os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram pela improcedência, e o ministro Dias Toffoli não votou pois estava impedido.

desses cinco ministros haviam votado contrariamente ao referendo da cautelar no ano de 2005⁸⁸.

Além disso, decisões como a permissão de pesquisas com células-tronco (ADI 3510), ocorrida em 2008, sinalizavam uma potencial mudança na orientação do tribunal. Em entrevista para o projeto História Oral do STF, o ministro afirmou que optou por adiar a liberação para aguardar que o caso estivesse maduro para o julgamento⁸⁹.

O caso ilustra o modo como a definição do tempo de julgamento pode influenciar a formação da maioria decisória, na hipótese de alteração de composição. No caso, isso ocorreu por meio da liberação pelo relator. Mas situação similar pode ser atingida por meio de pedidos de vista.

3.3. Determinação individual do resultado ou efeitos práticos do julgamento

Os poderes de agenda também podem ser utilizados de modo a viabilizar a determinação individual do resultado de um julgamento. Para além da mera influência na formação da maioria decisória, esse poder em potencial permite que um ministro profira de modo definitivo uma decisão individual que valerá como posicionamento do tribunal. Esse poder equivale ao que Arguelhes e Ribeiro denominaram controle de constitucionalidade individual⁹⁰.

Aglutinado com o uso de liminares monocráticas, o controle do tempo dos julgamentos possibilita a perpetuação de uma decisão que, a princípio, seria excepcional e temporária. É o que denominei determinação pura do resultado, que será discutida no tópico 1.2.3.1. O controle do timing, contudo, também pode influenciar nas

⁸⁸ Os sucessores de três deles votaram em sentido diverso, acompanhando o relator no julgamento do mérito, em 2012 (Luiz Fux, que sucedeu Eros Grau, Cármen Lúcia, que sucedeu Nelson Jobim, e Rosa Weber, que sucedeu Ellen Gracie). O ministro Joaquim Barbosa havia votado contra a concessão da cautelar, mas alterou seu posicionamento em 2012, acompanhando o relator no julgamento do mérito.

⁸⁹ CANTISANO, Pedro Jimenez; PEREIRA, Thomaz Henrique; MOHALLEM, Michael Freitas, **História Oral do Supremo [1988-2013]-Marco Aurélio**, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017. O ministro afirmou: [MAM] — Sim, houve [uma evolução da sociedade que impactou o Supremo]. O controle externo da sociedade é uma cobrança implícita da assunção, pelo Supremo, de responsabilidade maior. A pergunta é muito interessante. Às vezes, somos contramajoritários. Não julgamos para atender, simplesmente, anseios populares. Quando há coincidência, bate-se palmas. Quando não há, vêm as críticas. É preciso ser juiz da quadra atual, do tempo vivenciado (Idem., p.86)

⁹⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, 'The Court, it is I'? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory, **Global Constitutionalism**, v. 7, n. 2, 2018, pp. 253-254.

consequências práticas da decisão. Essa faceta da determinação individual do resultado será discutida no tópico 1.2.3.2

1.2.3.1. Determinação pura do resultado do julgamento

A determinação pura do resultado do julgamento ocorre quando, em razão da passagem de tempo, consolida-se no tempo uma decisão individual que seria, a princípio, temporária.

Esse é o caso de três mandados de segurança que questionavam aspectos procedimentais do impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, mencionados no trabalho de Arguelhes e Ribeiro⁹¹. Eles questionavam, respectivamente, a autorização dada pela câmara dos deputados para instauração do processo de crime de responsabilidade (MS 34193), e contra a resolução que formalizou a conclusão do processo de impeachment (MS 34371 e MS 34441).

Protocolados em 2016, tiveram, no mesmo ano, a liminar indeferida monocraticamente pelo relator da ação, ministro Teori Zavascki. Nenhuma das três ações foi liberada para julgamento e, com isso, o mérito do caso jamais foi julgado pelo plenário. Com a morte do ministro Teori Zavascki, a ação foi redistribuída a seu sucessor, Alexandre de Moraes. A decisão final, também monocrática, foi proferida somente após a realização de novas eleições, em dezembro de 2018. A decisão monocrática foi fundamentada no art. 205 do RISTF, segundo o qual o relator pode julgar o mérito de mandados de segurança monocraticamente, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do tribunal. Ao denegar a segurança, o relator afirmou que os atos impugnados atenderam aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

O debate a respeito do auxílio-moradia (AO 1389, 1773, AO 1776, AO 1946, e ACO 2511 e AO 1946) também ilustra como a combinação entre decisões monocráticas e poderes de agenda pode permitir a determinação individual do resultado de um julgamento. Essas ações pleiteavam o reconhecimento do direito à ajuda de custo para fins de moradia previsto no art. 65, II, da LOMAN. Os juízes afirmavam que não havia uniformidade na concessão do benefício, pois só esse pretense direito vinha sendo

⁹¹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, *Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*, **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 1, p. 13–32, 2018.

reconhecido apenas a alguns. Em setembro de 2014, o ministro Luiz Fux concedeu liminar determinando que, em regra, todos os juízes federais teriam direito ao auxílio-moradia. No dia seguinte, em nova liminar, o ministro ampliou o benefício para membros da justiça do trabalho, militar e juízes de nove estados. No mês seguinte à decisão do ministro, o CNJ editou resolução para regulamentar o pagamento do auxílio-moradia para todos os juízes do país, e estabeleceu o valor fixo do benefício⁹².

A ação foi liberada para julgamento em dezembro de 2017⁹³, às vésperas do início do recesso, mas não chegou a ser pautada pela presidente durante o mês no qual estava disponível à pauta. Após requerimento da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), autora de uma das ações, em março de 2018, o ministro Fux retirou a ação de pauta ao decidir remetê-las para a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, com o objetivo de que as partes alcançassem solução consensual para a questão⁹⁴.

A liminar foi revogada pelo ministro em 28 de novembro de 2018, na mesma época em que o presidente Michel Temer referendou o reajuste nos salários dos ministros do STF. A revogação da liminar foi apontada pela imprensa como moeda de troca para garantir o reajuste⁹⁵, que, à época, gerou controvérsia perante a opinião pública.

Cabe a ressalva de que a ação ainda pode vir a ser julgada, desde que seja liberada para julgamento e pautada. Ainda assim, por ora, a única resposta jurisdicional do tribunal à questão foi uma liminar de um único ministro, posteriormente cassada, também de modo individual.

⁹² PASSARINHO, Nathalia. CNJ aprova pagamento de auxílio-moradia de R\$ 4,3 mil para juízes, **G1**, 07.10.2014, disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/10/cnj-aprova-auxilio-moradia-de-r-43-mil-para-juizes.html>>, acesso em: 13 mar. 2020.

⁹³ AGÊNCIA BRASIL, Fux libera para julgamento ação sobre auxílio-moradia de juízes, **Exame**, 19.12.2017, disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/fux-libera-para-julgamento-acao-sobre-auxilio-moradia-de-juizes/>>, acesso em: 13 mar. 2020.

⁹⁴ POMPEU, Ana, Fux retira processos sobre auxílio-moradia da pauta do plenário do Supremo, **Consultor Jurídico**, 21.03.2018, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-21/fux-retira-processos-auxilio-moradia-pauta-pleno-stf>>, acesso em: 13 mar. 2020.

⁹⁵ OLIVEIRA, Mariana, Fux suspende auxílio-moradia de juízes e membros do Ministério Público, **G1**, 26.11.2018 disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/11/26/fux-suspende-auxilio-moradia-de-juizes-e-membros-do-ministerio-publico.ghtml>>, acesso em: 13 mar. 2020.

1.2.3.2. Influência nos efeitos práticos da decisão

A influência nos efeitos práticos da decisão também é forma de influenciar individualmente no resultado sem passar pela arena decisória interna do tribunal. A influência direta nas consequências práticas da decisão ocorre em casos nos quais o julgamento não perde objeto, mas a passagem de tempo ocasiona uma mudança nos efeitos práticos da decisão do plenário.

São casos nos quais não houve mudança no parâmetro constitucional, e tampouco na legislação impugnada. Ainda assim, o uso dos poderes de agenda gera consequências práticas similares a um resultado substancial que beneficiaria algum dos interesses subjacentes ao caso, ao menos enquanto postergado o julgamento. Um exemplo é o caso que questionava o decreto de indulto concedido pelo então presidente da república, Michel Temer, no final de 2017 (ADI 5874).

O decreto tornou-se polêmico por ter abrandado as condições de cumprimento mínimo e pena máxima para a concessão do indulto, e também por ter incluído dentre seus beneficiários os condenados por corrupção e lavagem de dinheiro⁹⁶. Em 28 de dezembro 2017, durante o recesso forense, a então presidente do tribunal, Cármen Lúcia, deferiu liminar para suspender os efeitos de alguns dispositivos do decreto. Em 12 de março 2018, o relator, ministro Roberto Barroso, confirmou a liminar e liberou o caso para julgamento.

A ação foi pautada quase um ano depois, em 28 novembro de 2018. Às vésperas do início do julgamento pelo STF, procuradores da Lava-Jato divulgaram relatório indicando que, caso reeditado um decreto nos mesmos termos no ano de 2018, o indulto beneficiaria diversos condenados em razão da operação⁹⁷.

Após três sessões de julgamento ocupadas pelo caso, seis votos foram proferidos no sentido da cassação da medida cautelar e improcedência da ação, contra dois votos

⁹⁶ CARVALHO, Cleide. Para Lava-Jato, decreto de Temer sobre indulto é inconstitucional, O Globo, 27.12.2017, disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/para-lava-jato-decreto-de-temer-sobre-indulto-inconstitucional-22230660>>, acesso em: 15 jul. 2019.

⁹⁷ NETTO, Vladimir; OLIVEIRA, Mariana; D AGOSTINO, Rosiane. 22 presos da Lava Jato podem ser beneficiados se Temer reeditar decreto de indulto; veja lista, G1, 27.11.2018, disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/11/27/22-presos-da-lava-jato-podem-ser-beneficiados-se-temer-reeditar-decreto-de-indulto.ghtml>>, acesso em: 15 jul. 2019.

pelo referendo. A despeito da existência de maioria formada e um total de oito votos já proferidos, o ministro Luiz Fux pediu vista dos autos. Por causa do pedido de vista, surgiu no plenário a proposta de questão de ordem para revogar a cautelar concedida, diante da existência de maioria no sentido da improcedência. Um debate teve início, e três ministros se manifestaram no sentido de cassar a cautelar, contra cinco que entendiam necessária sua manutenção. Em meio ao debate, o presidente, ministro Dias Toffoli, pediu vista da questão de ordem. O julgamento foi, com isso, suspenso sem qualquer decisão sobre o mérito e sem o julgamento da questão de ordem de cassação da cautelar. A ausência de finalização do julgamento pelo STF antes do recesso do judiciário foi determinante para que o presidente da república deixasse de editar um decreto de indulto no ano de 2018, com receio de nova contestação judicial⁹⁸.

Os autos foram devolvidos cerca de quatro meses depois (pelo ministro Luiz Fux em 03/04/2019, e pelo ministro Dias Toffoli em 11/04/2019). O caso retornou à pauta no mês seguinte. Ao apregoar a ação, Dias Toffoli sugeriu a retomada direta do julgamento do mérito, já que a decisão de mérito prejudicaria, de qualquer modo, a questão de ordem. O julgamento foi finalizado, com a decisão pela improcedência da ação, vencidos Roberto Barroso, Edson Fachin, Luiz Fux e Cármen Lúcia. A decisão final assentou a constitucionalidade do decreto, e permitiu, com isso, que os beneficiários usufríssem do indulto concedido em 2017. Contudo, a demora no julgamento em razão do poder de pauta e dos pedidos de vista teve o efeito substantivo de inviabilizar a edição de decreto de indulto no ano de 2018.

Um segundo exemplo desse potencial pode ser encontrado no pedido de vista do ministro Gilmar Mendes na ADI 4650, sobre financiamento eleitoral⁹⁹. A ação foi ajuizada no ano de 2011 e questionava dispositivos da Lei 9.504/1997 e da Lei 9.096/95, que autorizavam e regulavam contribuições de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais. O julgamento teve início em dezembro de 2013, e foi suspenso por pedido de vista do ministro Teori Zavascki após quatro votos pela procedência. Os autos foram devolvidos

⁹⁸ URIBE, Gustavo; TUROLLO Jr., REYNALDO. Sem decisão do STF, Temer considera não editar indulto natalino neste ano, **Folha de S.Paulo**, 19.12.2018, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/12/sem-decisao-do-stf-temer-considera-nao-editar-indulto-natalino-neste-ano.shtml>>, acesso em: 15 jul. 2019. ; ESTADÃO CONTEÚDO, Temer desiste de editar indulto de Natal em 2018, **Exame**, 30.12.2018, disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/temer-desiste-de-editar-indulto-de-natal-em-2018/>>, acesso em: 15 jul. 2019.

⁹⁹O exemplo já esteve presente também na literatura, mencionado em ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, *Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*, Novos estudos CEBRAP, v. 37, n. 1, p. 13–32, 2018.

pelo ministro em março de 2014, e rapidamente pautados para a semana seguinte. Na sessão, Zavascki inaugurou divergência e, em seguida, Gilmar Mendes pediu vista. Diante da perspectiva de nova suspensão de julgamento, os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski anteciparam seus votos, acompanhando a corrente majoritária pela procedência da ação¹⁰⁰. Diante da antecipação dos votos, o pedido de vista suspendeu o julgamento com seis votos pela procedência da ação, quórum mínimo para a proclamação do resultado, que só veio a ser finalizado no ano seguinte.

Os autos foram devolvidos em setembro de 2015, e pautados para a semana seguinte. Com a conclusão do julgamento, o tribunal declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, e determinou, por falta de quórum para modulação de efeitos, aplicabilidade imediata para as eleições de 2016.

Por conta da suspensão do julgamento pelo pedido de vista do ministro Gilmar Mendes, os efeitos foram similares a uma modulação de efeitos, mas sem que essa questão tenha sido efetivamente discutida em uma arena decisória colegiada e sem que recebesse qualquer motivação. A decisão do tribunal não foi aplicada às eleições de 2014, sem que o tribunal sequer tenha deliberado a respeito dessa postergação do início de seus efeitos.

Em entrevista à imprensa, o ministro afirmou confiar em um efeito positivo decorrente do adiamento da decisão pelo pedido de vista dos autos. De acordo com o ministro, se o tribunal tivesse decidido em abril de 2014 sobre o tema, teria que se pronunciar a respeito da aplicabilidade às eleições de 2014, quando as campanhas já estavam estruturadas financeiramente, com riscos de prejudicar a segurança jurídica¹⁰¹.

Nos dois casos exemplo mencionados nesta seção, a interrupção do julgamento influenciou em algum efeito prático da decisão, seja influenciando nas consequências do caso para os interesses a ele subjacentes, seja evitando uma discussão a respeito de modulação de efeitos.

¹⁰⁰ O caso também serve como indício de que a antecipação de votos pode ser utilizada por outros membros do tribunal de modo a constranger um ministro a não pedir vista, ou ao menos aumentar o ônus da suspensão do julgamento.

¹⁰¹ CONJUR, Gilmar Mendes devolve ação sobre financiamento empresarial de campanhas, **Consultor Jurídico**, 10.09.2015, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-10/gilmar-mendes-devolve-acao-questiona-doacoes-eleitorais>>, acesso em: 19 mar. 2020.

3.4. Ausência de decisão

O último potencial atrelado aos poderes de agenda, também com implicações para o resultado, consiste na postergação do julgamento por tempo indefinido, até que o caso perca objeto sem qualquer decisão.

Nesse caso, a demora para julgar tem por consequência a perda de objeto e, conseqüentemente, efeitos similares ao da improcedência. Essa situação, contudo, é distinta daquela existente no caso da determinação pura do resultado. Enquanto naquele caso há ao menos um documento com as razões que justificam a decisão, nesse caso os efeitos são similares àqueles da improcedência, sem que exista uma fundamentação de mérito a justificar o resultado prático. Não existe qualquer resposta do tribunal à questão jurídica.

A decisão que constata a perda de objeto é fundamentada. Mas a fundamentação da decisão serve para justificar as razões da prejudicialidade, e não para justificar a improcedência ou negativa de seguimento¹⁰².

Pesquisa empírica constatou que 38% das decisões monocráticas proferidas pelos ministros do STF no ano de 2018 atestavam a perda superveniente de objeto¹⁰³. Destas, a mais antiga consistia na ADI 333, ajuizada em 1990. A ação questionava um dispositivo da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, que estabelecia serem princípios institucionais da Defensoria Pública “a unidade, indivisibilidade e independência funcional”. Alegava-se violação ao art. 127 da Constituição Federal, sob a alegação de que esses princípios caracterizariam tão somente o Ministério Público e vedariam que qualquer outra instituição fosse por eles caracterizada.

Sem qualquer decisão, nem mesmo cautelar, e 28 anos após seu ajuizamento, a ação foi extinta por perda de objeto em 2018. Na decisão que reconheceu a perda de objeto, o relator indicou que uma emenda na Constituição Federal passou, em 2014, a reconhecer que os mesmos princípios se aplicariam também à Defensoria Pública (art. 134, §4º, CF). Essa inovação no quadro normativo justificaria a perda de objeto. A ação perdeu objeto sem que tivesse sido sequer liberada para julgamento pelo relator.

¹⁰² A situação é, por isso, ainda mais extrema na hipótese em que o tribunal constata a perda de objeto, mas faz questão de afirmar que sua decisão teria sido procedente, se fosse possível manifestar-se. Esse tipo de situação é evidência de que o uso do tempo influiu nos efeitos práticos da decisão.

¹⁰³ MAUAD, Giovanna Perez, **O Supremo Tribunal Federal e as decisões monocráticas: uma análise crítica sobre colegialidade**, Monografia (especialização/iniciação científica) - Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Pública, São Paulo/SP, 2019.

O mesmo ocorreu na ADI 1277, também citada no trabalho. A ação foi ajuizada em abril de 1995 em face de uma lei do estado de São Paulo que criava cooperativa de crédito por entidades de classe de servidores públicos. Em 2018, decisão monocrática reconheceu a perda de objeto em razão de lei estadual superveniente, vinte anos após sua autuação (Lei nº16.002/15). Diferentemente do que ocorreu no caso anterior, esta ação possui uma decisão do plenário, em sede de liminar. Ainda assim, trata-se de decisão pelo indeferimento – que não ocasionou qualquer mudança no status quo. O mérito da ação jamais foi liberado para julgamento pelo relator.

A ausência de decisão é, assim, o quarto potencial decorrente dos poderes de agenda. Ela permite que um único ministro adie indefinidamente o julgamento do caso até que seu julgamento não faça mais sentido. Com isso, cada ministro é capaz de manter o *status quo* e impedir o tribunal de oferecer uma resposta à questão de mérito.

4. Uma espécie distinta de individualismo decisório

Os poderes de agenda estão inseridos no debate a respeito do individualismo no STF, mas têm particularidades que os diferenciam como uma agenda de pesquisa própria. Para explicar diferenciar meu objeto de estudo, é relevante fazer um breve panorama das produções acadêmicas sobre individualismo no STF.

Há intensa produção acadêmica dedicada à relação entre individualismo decisório e a forma de agrupamento dos votos dos ministros do STF. Dentre esses trabalhos, há quem mapeie as consequências de elementos do desenho institucional e da prática do STF para a performance deliberativa¹⁰⁴. Outras pesquisas investigam a dinâmica de agregação dos votos individuais no processo decisório interno do STF e procuram explicar ou prever posicionamentos¹⁰⁵. Destacam-se os trabalhos que procuram

¹⁰⁴ Cf., por exemplo, SILVA, Virgílio Afonso, Deciding without deliberating, **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013; MENDES, Conrado Hübner, Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF, **Direito e interpretação: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva**, p. 337–361, 2011. ; JAKAB, András; DYEVIÉ, Arthur; ITZCOVICH, Giulio, **Comparative constitutional reasoning**, Cambridge: Cambridge University Press, 2017. O pedido de vista é apontado como prejudicial à performance deliberativa por ocasionar a interrupção de uma deliberação em curso. Contudo, a faceta estratégica do pedido de vista como uma ferramenta para a influência individual sobre o julgamento e sobre o processo político sem passar pelo processo decisório interno é pouco explorada.

¹⁰⁵ SILVA, Jeferson Mariano, Mapeando o Supremo: As posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017), **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 1, p. 35–54, 2018.

testar a hipótese do personalismo nos julgamentos¹⁰⁶ ou avaliar o grau de influência qualitativa de ministros individuais no resultado¹⁰⁷. Esses trabalhos diagnosticam o individualismo no momento de tomada de decisão do tribunal.

O mesmo ocorre com trabalhos que investigam os efeitos do individualismo decisório para a formação de precedentes. Nesse tema, trabalhos diagnosticaram o problema da demarcação de julgamentos coletivos¹⁰⁸, bem como da pluralidade de votos concorrentes e divergentes para a formação de uma cultura de precedentes judiciais no STF¹⁰⁹. Este problema seria agravado pela ausência de diretrizes para redação de ementas¹¹⁰ e pelo uso alegadamente abusivo de *obiter dicta*¹¹¹.

O conceito de seletividade já foi empregado na literatura em referência a mecanismos para dosar o alcance das decisões, como a repercussão geral, *amici curiae* e audiências públicas. Este conceito, contudo, não tem qualquer relação com o individualismo decisório ou com a discussão sobre o controle do tempo dos julgamentos¹¹².

¹⁰⁶ Destacam-se os trabalhos de Fabiana Luci de Oliveira que testam a hipótese do personalismo nos julgamentos do STF (OLIVEIRA, Fabiana Luci, Processo decisório no STF: coalizões e “panelinhas”, **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 44, 2012.; OLIVEIRA, Fabiana Luci. Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no STF. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 3, p. 1863–1908, 2017); OLIVEIRA, Fabiana Luci de, Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula, **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 27, n. 80, p. 89–115, 2012.; OLIVEIRA, Fabiana Luci. Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no STF, **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 3, p. 1863–1908, 2017).

¹⁰⁷ Virgílio Afonso da Silva complementa que o relator teria menor poder de influência qualitativa em casos emblemáticos, nos quais há alto grau de votos divergentes e concorrentes (SILVA, Virgílio Afonso da, “Um voto qualquer?” O papel do ministro relator na deliberação no STF, **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 1, n. 1, p. 180–200, 2015.; DA SILVA, Virgílio Afonso, O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian, **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, p. 648–669, 2016.)

¹⁰⁸ ALMEIDA, Danilo dos Santos, **As Razões Ocultas do STF: um estudo sobre agenciamento de grupo na Corte**. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio De Janeiro/RJ, 2016.; LANGENEGGER, Natalia; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme, Crítica à estrutura do Supremo Tribunal Federal por meio de teoria de agência: repensando a racionalidade da Corte., *in: XXI Congresso Nacional do CONPEDI ‘O Novo Constitucionalismo Latino Americano: os desafios da sustentabilidade’*, Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 396-420.

¹⁰⁹ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa, Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF, **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, p. 021–044, 2009..

¹¹⁰ FERREIRA, Carolina Cutrupi; LANGENEGGER, Natalia; SILVA, Marina Jacob Lopes da, **Construção de ementas das decisões do STF**, FGV Direito SP, Série n. 125, 2015. Disponível no SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2623294>. Último acesso: 23.12.2020.

¹¹¹ BUSTAMANTE, Thomas, *Obiter dicta* abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos, **Revista Direito GV**, v. 14, p. 707–745, 2018.

¹¹² DIAS, Michelle Souza. **STF e Seletividade Decisória: Prática Política e (Re) Desenho Institucional?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013)

Algumas características distinguem, contudo, a temática dos poderes individuais de influência sobre a agenda e o tempo do julgamento dos elementos estudados por boa parte da literatura que diagnostica o individualismo decisório.

Em primeiro lugar, os poderes de agenda consistem em ferramentas por meio das quais os ministros exercem preferências que afetam a manifestação institucional do tribunal perante atores externos, sem que essa decisão seja necessariamente mediada pelo colegiado.

Por se tratar de uma instituição judicial colegiada, o STF é um ator coletivo. Isso significa que sua participação no processo decisório entre atores políticos e sociais deveria ser pelo que ocorre no processo decisório interno ao tribunal. As regras deste processo decisório interno regulam as interações entre os ministros e estabelecem como as posições individuais serão agregadas para que se chegue à posição final da instituição.

Como advertiram Arguelhes e Ribeiro¹¹³, os instrumentos por meio dos quais os ministros do STF participam e influenciam no processo político sem passar pelo processo decisório interno ao tribunal revelam uma faceta particular do individualismo decisório que, segundo os autores, ainda foi pouco explorada na literatura. Os poderes de agenda se inserem nesse campo de estudos. A decisão de um ministro que se recusa a liberar determinado caso para julgamento ou a pautá-lo, por exemplo, faz com que o tribunal, como instituição, deixe de apreciar o caso. O mesmo pode ser dito de uma decisão por pedir vista, que adia a conclusão de um julgamento e, com isso, a solução que o tribunal dará ao caso.

Para além deste aspecto, outras quatro características diferenciam os poderes de agenda dos elementos do desenho institucional tradicionalmente discutidos pela literatura. Em primeiro lugar, (i) a ausência de uma instância de controle dessas decisões por parte do colegiado. É isso que diferencia os poderes de agenda das decisões monocráticas, que são poderes individuais com consequências sobre o processo político externo ao tribunal, mas que são submetidas a um controle *a posteriori* por parte do colegiado¹¹⁴. É evidente que as monocráticas, por si só, podem ter problemas próprios

¹¹³ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro, O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, 2016.

¹¹⁴ Como visto, as monocráticas podem ser catalisadoras do potencial dos poderes de agenda caso sejam combinadas com o poder de liberação do relator ou com o pauta do presidente. A consequência dessa combinação é o esvaziamento dos efeitos práticos do controle posterior pelo colegiado torna-se Ainda

para a legitimidade democrática. Contudo, a perpetuação de uma decisão monocrática como única resposta da Corte à questão constitucional só existe em razão dos poderes de agenda.

Em segundo lugar, (ii) os poderes de agenda não consistem no núcleo da atividade jurisdicional, apesar de terem consequências sobre ele¹¹⁵. Decidir liberar um caso para julgamento, pautá-lo ou pedir vista não consiste, a princípio, em uma decisão a respeito do conteúdo do caso. São decisões relacionadas à gestão do acervo, isto é, burocráticas, que ocorrem paralelamente à deliberação ou em um momento anterior a ela e, por sua natureza, não demandam motivação.

Essa particularidade também faz com que (iii) inexista um ônus argumentativo na decisão. Trata-se de uma decisão discricionária, no sentido de que inexistem, na prática, parâmetros para seu exercício. O fato de se tratar de uma decisão relacionada à gestão do acervo também pode fazer com que existam variações a depender da organização interna de cada gabinete, o que aumenta a complexidade da formação da agenda.

Por fim, os poderes de agenda (iv) influem sobre o *tempo* do julgamento. A variável tempo não está necessariamente presente nas outras ferramentas de influência individual sobre o processo decisório. Ainda que a interrupção do julgamento por pedidos de vista já tenha sido abordada como um problema para a performance deliberativa, o enfoque de boa parte dos trabalhos existentes não é o manejo do timing de julgamento, mas sim os prejuízos da mera interrupção e arrefecimento do debate para a qualidade da deliberação.

assim, isso ocorre em razão do controle do timing, e não exclusivamente por conta das decisões monocráticas. Sobre o poder individual da presidência de proferir liminares no período de recesso, cf. SIQUEIRA JUNIOR, Flavio, **As decisões liminares em controle concentrado de constitucionalidade concedidas durante o período de recesso do STF**, Dissertação (Mestrado em Direito) - UFABC, São Bernardo do Campo/SP, 2017. Sobre a fragmentação do processo decisório por meio de decisões monocráticas proferidas por relatores, cf. HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SILVA, Livia Ferreira, Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo, **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 13, n. 17, p. 268–283, 2015., bem como GOMES NETO, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago; OLIVEIRA, Tassiana Moura. Entre Decisões Individuais e Deliberações Colegiadas: decidindo como decidir, influenciando o resultado, **Sequência (Florianópolis)**, n. 81, p. 10–31, 2019.

¹¹⁵ Isso diferencia os poderes de agenda de outros tipos de ações individuais que ocorrem no momento de tomada de decisão do tribunal, como a opção por abrir uma nova divergência ou antecipar um voto. Ainda que o pedido de vista ocorra durante a deliberação, a decisão a respeito do momento de devolução dos autos para julgamento também possui essa característica de decisão administrativa e imotivada.

A produção acadêmica sobre individualismo no contexto de poderes de agenda do STF, com as especificidades acima descritas, ainda é incipiente e sobretudo empírica¹¹⁶. O poder de pauta já foi abordado em trabalhos que descrevem o desenho e o contextualizam no processo decisório do STF¹¹⁷, ou que descrevem o perfil da pauta de julgamento de presidências específicas como a postergação de julgamento de mérito e decisões individuais¹¹⁸.

Essas ferramentas já foram descritas pela literatura como poderes de veto¹¹⁹, isto é, faculdades individuais com o potencial de criar obstáculos à realização ou à continuidade de um julgamento. Isso porque seriam filtros para obstruir o início ou finalização de um julgamento. A consequência desses poderes de veto seria a influência sobre o tempo dos julgamentos. O controle do tempo dos julgamentos traz, por sua vez, consequências práticas similares àquelas obtidas pelo controle do acervo (*docket*) na forma como existente em cortes constitucionais com o poder de negativa de jurisdição¹²⁰.

¹¹⁶ A busca no banco de Teses e Dissertações da Capes pelas palavras-chave “estratégia-judicial OR estratégico AND STF OR Supremo-Tribunal-Federal”; “individualismo AND STF OR Supremo-Tribunal-Federal; individualismo-decisório AND STF”; “pauta AND STF OR Supremo-Tribunal-Federal; pedido-de-vista AND STF OR Supremo-Tribunal-Federal + Filtro por área (direito, ciência política ou sociologia)”; “poderes-individuais AND influência OR influencia AND processo-político OR processo-político AND STF OR Supremo-Tribunal-Federal OR supremo-tribunal-federal”; política-judicial AND STF”; processo-decisório AND individua* AND STF OR Supremo-Tribunal-Federal OR supremo-tribunal-federal” retornou 1497 resultados. Destes, somente 3 continham discussões que tangenciavam o individualismo decisório no contexto dos poderes de agenda, com as especificidades descritas no tópico 1.3. No banco Scielo, a pesquisa por palavras-chave equivalentes retornou 175 resultados, dos quais apenas um se enquadrava na temática. As demais produções envolviam discussão a respeito do processo decisório no momento da troca de razões ou da construção do acórdão, analisavam outros elementos do desenho institucional ou discutiam argumentos, procedimentos ou implicações de um caso concreto ou temática específica.

¹¹⁷ Cf. FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck, **Onze Supremos: todos contra o plenário**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2016., pp.57-59; 60-62; 80-81. Para descrição dos poderes de pauta ao lado de outros poderes da presidência, cf. ESTEVES, Luiz Fernando Gomes, **Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal**, **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 129–154, 2020 e NETO, José Mário Wanderley Gomes; LIMA, Flávia Danielle Santiago, **Das 11 ilhas ao centro do arquipélago: os superpoderes do presidente do STF durante o recesso judicial e férias**, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 740–756, 2018.

¹¹⁸ ALVES, Paulo Cesar Amorim, **O tempo como ferramenta de decisão no STF: um mapeamento da seletividade do tribunal nos tempos processuais das ações diretas de inconstitucionalidade**. Monografia (especialização/iniciação científica) - Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo/SP, 2006); BARBOSA, Ana Laura Pereira. **As Estratégias na Definição da Pauta de Julgamento: um olhar sobre o perfil da Corte Gilmar Mendes**. Monografia (especialização/iniciação científica) - Escola de Formação, Sociedade Brasileira em Direito Público, São Paulo/SP

¹¹⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, **Ministocracia : O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro**, **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 1, p. 13–32, 2018.

¹²⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A., **Timing control without docket control: How individual justices shape the brazilian supreme court’s agenda**, **Journal of Law and Courts**, v. 5, n. 1, p. 105–140, 2017.

Os poderes sobre o timing de julgamento poderiam ser classificados como centralizados, quando alocados a um ministro em razão da posição que ocupa, ou descentralizados, quando disponíveis a qualquer ministro da corte¹²¹. O poder de pauta da presidência e o poder de liberação pelo relator seriam exemplos da primeira espécie, enquanto o pedido de vista seria exemplo da segunda espécie.

Com enfoque em ações diretas de inconstitucionalidade, Dimoulis e Lunardi demonstraram como o uso dos poderes de agenda pode ocasionar disparidades na demora de julgamentos. Enquanto algumas ações seriam resolvidas com uma rapidez extraordinária, outras passariam décadas sem julgamento. Para os autores, ausência de explicitação dos critérios de definição da pauta criaria prejuízos à racionalidade e à previsibilidade¹²². Há também quem tenha apontado a ausência de critérios para definição da agenda como uma das razões a justificar a instabilidade no STF¹²³.

Com caráter propositivo, Felipe Fonte sugere uma solução institucional ao problema deste desenho institucional de gestão do tempo dos julgamentos¹²⁴. A instituição de um procedimento colegiado por meio do qual o tribunal teria a possibilidade de negar jurisdição a casos dimensionaria seu acervo. Ao mesmo tempo, a concessão de efeitos vinculantes a todas as decisões do tribunal, com responsabilização administrativa daqueles que decidissem em sentido diverso, incentivaria o respeito a precedentes. O autor não aborda em profundidade as nuances do desenho institucional em pequena escala envolvido no controle do tempo dos julgamentos. Além disso, sua solução não é precedida de uma justificação normativa das patologias do individualismo decisório, o que parece ser essencial para estabelecer as premissas de qualquer proposição institucional.

A possibilidade de utilização de ferramentas destinadas evitar decisões é discutida por Carolina Chagas, que recupera a noção de virtudes passivas de Bickel e

¹²¹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, *Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*, **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 1, p. 13–32, 2018.

¹²² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto, *Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e a (auto)criação do processo objetivo*, in: **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPED**, Brasília, 2008.

¹²³ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; FERNANDES, Hellen Caroline Pereira, *Três razões que explicam a instabilidade da Suprema Corte Brasileira, seus problemas e efeitos*, **THEMIS: Revista da Esmec**, v. 17, n. 2, p. 17–46, 2019.

¹²⁴ FONTE, Felipe de Melo, *Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual no STF*, in: **Jurisdição constitucional em 2020**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263–289.

procura adaptá-la ao cenário brasileiro¹²⁵, mas sem distinguir as atividades de interpretação do tribunal do controle sobre a agenda. O tema também é tangenciado por Andréa Magalhães, que avalia a possibilidade de decidir não decidir em contextos de crise econômica¹²⁶.

A partir do conceito de controle de constitucionalidade individual, Arguelhes e Ribeiro avaliam mecanismos que levam à prevalência de preferências individuais em detrimento da agregação de posições de ministros no colegiado, e concluem que o desenho institucional de poderes de agenda não parece passar no teste de boa parte dessas teorias normativas¹²⁷.

O panorama realizado pelos autores é a mais completa reflexão normativa sobre o tema, mas, como os próprios autores reconhecem, é preciso aprofundar a avaliação crítica desse desenho à luz da legitimidade democrática. Para isso, é necessário um mapeamento das principais teorias normativas sobre legitimidade democrática, com o enfoque em verificar o que elas demandam das cortes constitucionais em termos de desenho institucional e como é possível avaliar o desenho específico dos poderes de agenda, considerando o potencial descrito nesse capítulo, à luz de cada uma delas.

5. Conclusão

Neste capítulo, procurei descrever os elementos do desenho institucional que viabilizam uma espécie de individualismo decisório do STF ainda pouco explorada pela literatura. A liberação do caso pelo relator, a inclusão em pauta pelo presidente e o pedido de vista são ferramentas previstas no desenho institucional que permitem uma influência, direta ou indireta, na escolha de quais casos serão julgados. Sua contrapartida é a possibilidade de deixar de decidir e, com isso, influenciar no timing do julgamento. A experiência da atividade do tribunal mostra que o manejo do tempo dos julgamentos pode ser utilizado para fornecer sinalizações ao legislativo e à sociedade a respeito de um

¹²⁵ CHAGAS, Carolina Alves, **O Supremo, uma ilha – o impacto das virtudes ativas e passivas do STF na democracia deliberativa brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, 2016.

¹²⁶ MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹²⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, ‘The Court, it is I’? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory, **Global Constitutionalism**, v. 7, n. 2, p. 236–262, 2018.

juízo iminente ou da provável posição do tribunal, influenciar na formação da maioria decisória, determinar individual e integralmente o resultado de um caso ou os efeitos práticos que dele decorrem e, por fim, obstruir indefinidamente o início ou finalização do julgamento, levando à perda de objeto.

Para Arguelhes e Ribeiro¹²⁸, a definição do tempo dos julgamentos teria a consequência de fazer uma posição minoritária dentro do tribunal prevalecer como a posição institucional da corte na esfera política, o que denominam controle de constitucionalidade individual. O conceito é interessante por conseguir abarcar, genericamente, implicações dos poderes de agenda. Contudo, a descrição do desenho deste capítulo possibilita um refinamento, a partir das particularidades de cada espécie de alocação de poder. O objetivo da tipologia alternativa sugerida neste capítulo foi captar essas nuances e, a partir delas, descrever o potencial subjacente aos poderes de agenda.

A determinação individual do resultado não implica necessariamente a prevalência de uma decisão minoritária em detrimento da vontade da maioria. Nas hipóteses em que (i) um ministro profere decisão liminar e impede o referendo pelo colegiado, ou em que (ii) não decide, mas jamais libera o caso para julgamento e da demora decorre a perda de objeto, é sequer possível saber qual o posicionamento do colegiado. Nesses casos, o colegiado jamais decidirá o mérito.

No caso da influência na formação da maioria decisória, o tempo pode alterar a dinâmica da corte e tornar o resultado diverso daquele que ocorreria sem o uso do timing, seja em razão de mudança na composição da corte, seja em razão da seleção de caso e contexto oportuno. Nesses casos, há, contudo, um momento de engajamento colegiado do qual resulta a decisão. O poder individual sobre o timing afeta a sua dinâmica, mas o resultado não pode ser exclusivamente atribuído a um ministro individualmente ou mesmo à prevalência de uma posição minoritária. Em ambos os casos, a maioria votou e decidiu em determinado sentido, mesmo se a maioria tiver sido artificialmente atingida¹²⁹.

¹²⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, ‘The Court, it is I’? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory, **Global Constitutionalism**, v. 7, n. 2, p. 236–262, 2018. Contudo, cabem algumas ressalvas. No caso da determinação pura do resultado, não é sequer possível saber qual seria o posicionamento da corte.

¹²⁹ Mesmo em casos nos quais é possível identificar qual membro do tribunal alterou seu posicionamento em razão do timing – como o exemplo da execução provisória da pena –, não há prevalência de uma posição individual, mas sim da posição de 5 ministros em detrimento da posição de 6. É preciso verificar as implicações normativas desse cenário, e isso passa por uma revisão do debate sobre estrutura colegiada e protocolo de votação.

Os potenciais decorrentes do poder de liberação para julgamento, inclusão em pauta e pedido de vista são consequência do modo esses poderes são desenhados. É possível sintetizar a descrição desses poderes em três características, que serão úteis à análise normativa do capítulo 3.

A primeira característica é (i) a fragmentação em diversos atores. Esses são poderes de veto individuais por meio dos quais cada um dos ministros pode evitar o início ou finalização de julgamentos. Não há uma decisão colegiada sobre quando julgar um caso: essa decisão é influenciada pela postura individual de cada um dos onze ministros. Se um dos ministros não desejar o julgamento, pode deixar de liberá-lo, caso seja o relator; deixar de pautá-lo, caso seja o presidente; ou, no limite, interromper o julgamento por meio de pedido de vista. As consequências extremas da fragmentação em diversos atores são a influência na formação da maioria decisória e a determinação individual do resultado.

A segunda característica é (ii) a fragmentação no tempo. O pedido de vista e a suspensão de julgamentos por parte do presidente permitem a interrupção de julgamentos iniciados. O início de um julgamento não é garantia de finalização, porque ele pode ser interrompido. Por isso, é possível falar que o exercício da decisão sobre quando decidir é fragmentado no tempo, em diversos filtros à finalização.

A terceira característica é (iii) a ausência de limites institucionais à demora do julgamento. O poder de pauta só pode ser exercido por cada presidente durante seu mandato, mas nada impede que sucessivos presidentes evitem o julgamento de determinada questão. Os limites do poder de liberação pelo relator são a aposentadoria e a posse na presidência. Mas nada impede que seu sucessor siga impedindo o julgamento da questão. Desta característica decorre o risco de ausência de decisão, isto é, perda de objeto sem que o caso jamais tenha sido julgado.

É preciso verificar as implicações normativas do uso do tempo do julgamento, caracterizado, no caso do STF, pela fragmentação em três tipos de atores e em etapas distintas do julgamento. É preciso avaliar se existem razões para que um tribunal tenha controle sobre o tempo dos julgamentos, e se esse controle pode ser individual. Para que essa análise normativa seja possível, é necessário identificar o que exigem as teorias normativas em termos institucionais. É o que farei no capítulo seguinte.

2. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E DESENHO INSTITUCIONAL

O debate teórico-normativo sobre legitimidade do controle de constitucionalidade é tradicionalmente caracterizado por uma polarização. De um lado, encontram-se aqueles que defendem a adoção do controle de constitucionalidade. De outro, aqueles que o rejeitam por completo¹³⁰. A raiz do problema, sintetizado pela expressão “dificuldade contramajoritária”¹³¹, é saber se (e como) é compatível com a democracia que um órgão composto por indivíduos não-eleitos seja capaz de invalidar atos emanados de instituições dotadas de representatividade eleitoral.

Da forma como enunciado o problema, não é possível identificar de modo imediato o liame entre o debate teórico-normativo sobre legitimidade do controle de constitucionalidade e discussões mais concretas sobre desenho institucional. Apesar disso, existe uma relação direta entre ambos: adotar ou não o controle de constitucionalidade é, por excelência, uma escolha de desenho institucional. Essa escolha é consequência do debate teórico-normativo que a antecede.

Se a adoção ou não do controle de constitucionalidade é uma opção institucional, não faz sentido que o debate pare por aí, porque o instituto do controle de constitucionalidade comporta uma diversidade institucional. É de se supor que procedimentos formais e informais estruturantes das interações na instituição que exerce o controle de constitucionalidade sejam também importantes para a construção de sua legitimidade¹³². Em outras palavras, uma defesa da legitimidade do controle de constitucionalidade depende de elementos institucionais que a caracterizam ou a

¹³⁰ Mendes reconhece a existência de posições intermediárias e inclusive as enfrenta brevemente, mas opta por descrever os dois extremos que julga mais persuasivos ao debate. (MENDES, Conrado Hübner, **Controle de constitucionalidade e democracia**, São Paulo: Elsevier Brasil, 2008, p.29).

¹³¹ BICKEL, Alexander M., **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**, New Haven: Yale University Press, 1986. A premissa contramajoritária é calcada na noção de supremacia judicial, isto é, a de que alguém teria a última palavra sobre o significado da Constituição. Produções acadêmicas posteriores debruçaram-se na tarefa de demonstrar que a ideia de última palavra é imprecisa e deveria ser abandonada.

¹³² Para fins deste trabalho, partirei da definição ampla de instituições como regras e procedimentos (formais e informais) que estruturam a interação social, limitando ou fornecendo meios para o comportamento de atores. (HELMKE, Gretchen; LEVITSKY, Steven, *Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda*, **Perspectives on Politics**, v. 2, n. 04, p. 725–740, 2004, p.727). Deste modo, desenhar instituições significa desenhar procedimentos que estruturam a interação social, limitando ou fornecendo meios ao comportamento dos atores. O novo institucionalismo engloba distintas escolas de pensamento, com variações quanto à sua definição, quanto às explicações do tipo de influência exercida no comportamento dos indivíduos e quanto às razões para sua sobrevivência no decorrer do tempo. (HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R., *Political Science and the Three New Institutionalisms*, **Political Studies**, v. 44, n. 5, p. 936–957, 1996). A importância das instituições informais é, contudo, enfatizada em estudos de distintas escolas de pensamento do novo institucionalismo.

condicionam¹³³. Além de ter implicações diretas para a legitimidade democrática, o desenho institucional também influencia no desenvolvimento jurídico, o que pode ter implicações para o resultado da atividade¹³⁴.

Há elementos do desenho institucional definidos de modo exógeno, pelo legislador, mas outros são endógenos, definidos por autorregulação¹³⁵. No decorrer da história do STF, a interpretação constitucional e a prática institucional da corte foram responsáveis por moldar sua própria esfera de poderes¹³⁶. Por essa razão, para ter uma compreensão global do modo como um tribunal tão informalizado funciona, é necessário levar em consideração também práticas institucionais, sob pena de uma visão descolada da realidade.

O debate sobre legitimidade do controle de constitucionalidade ocorre em um cenário no qual as escolhas macro-institucionais já estão dadas. A opção ou não pela adoção do controle de constitucionalidade já foi realizada no momento de elaboração da Constituição, bem como as linhas gerais de como se relacionarão legislativo, executivo e judiciário. Mesmo outras opções estruturais, como a espécie de controle de constitucionalidade (incidental ou abstrato), o formato da corte constitucional, seu modelo decisório (aberto ou fechado), e competências, podem ser modificadas, mas exigiriam reformas constitucionais.

¹³³ Com isso, não quero dizer que procedimentos, por si só, são capazes de assegurar a legitimidade democrática, porque ela também depende dos resultados (cf. MENDES, Conrado H., *Neither dialogue nor last word: Deliberative separation of powers III*, **Legisprudence**, v. 5, n. 1, p. 1–40, 2011.). Também não quero dizer que a legitimidade democrática seja a única fonte da autoridade de uma corte. Ela é um de seus elementos, mas não o exclusivo. . Ao falar em legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, restrinjo meu objeto ao debate que, de algum modo, aborda essa tensão entre o exercício do controle de constitucionalidade e a democracia. Deixo de fora, portanto, estudos exclusivamente empíricos que se debruçam sobre apoio difuso ou específico da corte, sem abordar normativamente essa tensão. É importante pontuar, contudo, que nem todos os autores mapeados parecem conceituar a legitimidade da mesma forma. Nas teorias que partem da premissa de que algum órgão deve ter a última palavra sobre direitos, a legitimidade democrática parece ser mais facilmente vista como um conceito estanque relacionado especificamente à tensão entre constitucionalismo e democracia e sem relação com a observância das decisões da corte ou o modo como é vista pela opinião pública. Já para autores que rejeitam a noção de última palavra ou ao menos admitem a existência de algum diálogo ou permeabilidade da corte com outros poderes, o conceito de legitimidade democrática parece ter uma intersecção e, por vezes, até se confundir com a legitimidade política em sentido amplo. Para mapeamento da literatura sobre legitimidade e diversas acepções abarcadas no mesmo conceito, cf. FALLON, Richard H., **Law and legitimacy in the Supreme Court**, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2018.

¹³⁴ KORNHAUSER, Lewis A., Modeling collegial courts I: Path-dependence, **International Review of Law and Economics**, v. 12, n. 2, p. 169–185, 1992.

¹³⁵ MENDES, Conrado Hübner, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.147.

¹³⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, Criatura e/ou criador: transformações do STF sob a Constituição de 1988, **Revista Direito GV**, v. 12, n. 2, p. 405–440, 2016.

Diante deste cenário, duas são as estratégias teóricas disponíveis¹³⁷. A primeira delas é engajar-se em um debate em alto nível de abstração, pressupondo que ainda há liberdade para reformas em larga escala e liberdade para arranjos distintos de separação de poderes. A segunda consiste em, considerando as escolhas já dadas em um sistema, estabelecer parâmetros para contribuir para o aprimoramento da instituição existente, por meio de mudanças em procedimentos internos, no campo do que já se denominou desenho institucional em pequena escala¹³⁸. São elementos institucionais cuja alteração é mais factível em democracias consolidadas e que podem funcionar como mecanismos para promover valores democráticos.

O presente trabalho acena para a segunda estratégia teórica. Partindo da premissa de que o controle de constitucionalidade existe em determinado sistema, e que essa escolha institucional já está fora de questão, seu procedimento também demanda uma justificação. A escolha por determinada via, dentre as diversas opções de desenho disponíveis, deve ter uma razão de ser que colabore para justificar a legitimidade das decisões daquela instituição em uma democracia¹³⁹. Soluções propositivas de modificação no desenho institucional em pequena escala também dependem de um esforço teórico prévio que estabeleça suas bases normativas.

As teorias normativas que defendem a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade já foram ponto de partida de Arguelhes e Ribeiro, em investigação das implicações normativas de uma faceta deste mesmo elemento do desenho institucional: o controle de constitucionalidade individual. Os autores utilizam este termo para referir-se à prevalência de uma decisão individual ou minoritária em detrimento da vontade da maioria. Para isso, classificam teorias normativas em defesa da legitimidade

¹³⁷ MENDES, Conrado H., Neither dialogue nor last word: Deliberative separation of powers III, **Legisprudence**, v. 5, n. 1, p. 1–40, 2011, pp.5-7.

¹³⁸ Elementos do desenho institucional em pequena escala seriam mecanismos para a democracia, definidos como um repertório de ferramentas de pequena escala e inovações destinadas a promover valores democráticos no contexto de instituições de larga escala previamente definidas. (VERMEULE, Adrian, **Mechanisms of democracy: institutional design writ small**, New York: Oxford University Press, 2007, p.3.) Apesar de falar, de modo geral, em elementos essenciais à democracia, as sugestões de mudanças institucionais são direcionadas ao controle de instituições com representatividade eleitoral. Seu argumento é que as eleições não são suficientes e democracia também envolveria a promoção dos valores de imparcialidade, responsividade (accountability), transparência e deliberação. Na única ocasião em que aborda o desenho institucional do judiciário, o faz como sugestão para garantir a possibilidade de controle de atos do executivo. O autor sugere o quórum de supermaioria como forma de compatibilizar o controle de atos do executivo e, ao mesmo tempo, criar salvaguardas contra excessivas interferências. Não há debates, contudo, a respeito da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

¹³⁹ O alerta já foi realizado por Waldron ao refletir sobre a legitimidade da regra da maioria em cortes constitucionais. (Cf. WALDRON, Jeremy, Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts Essay, **Yale Law Journal**, v. 123, p. 1692–1731, 2013.)

democrática do controle de constitucionalidade em (i) teorias normativas com fundamento na interpretação, (ii) teorias que partem do ideal de cortes constitucionais deliberativas, e (iii) teorias que defendem o controle de constitucionalidade pelos meros benefícios da adição de um ponto extra de veto no processo político. Em seguida, investigaram o papel da estrutura colegiada em cada grupo de teorias e se a subversão dessa estrutura representaria um problema.

Neste trabalho, opto por outra estratégia. Antes de realizar a ponte entre o desenho institucional dos poderes de agenda e as teorias normativas, construo uma tipologia de elementos de desenho institucional que são pilares ou premissas em algumas das teorias normativas influentes¹⁴⁰ no debate a respeito da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

O exercício, deste modo, é dedutivo. Ao invés de partir de elementos do desenho institucional potencialmente afetados e verificar se eles são relevantes às teorias normativas, parto das teorias normativas para listar elementos institucionais tidos como relevantes ao debate. A partir desta listagem, realizarei, no capítulo 3, a ponte entre as teorias normativas e o elemento de desenho institucional que me dedico a analisar.

A reconstrução das teorias normativas realizada neste capítulo revela que se fala muito pouco em desenho institucional. Como a menção ao desenho institucional nem sempre é direta, a construção de uma tipologia exigiu um exercício de reconstrução lógica de cada teoria para identificação de alguns de seus pressupostos ou elementos nucleares¹⁴¹.

Como consequência da abordagem escolhida, opto por orientar este capítulo a partir dos elementos institucionais mapeados¹⁴². Identifico que as teorias normativas analisadas

¹⁴⁰ Para identificar os autores que seriam analisados, o ponto de partida foram as teorias normativas mencionadas em MENDES, Conrado Hübner, *Is it all about the last word? Deliberative separation of powers*, *Legisprudence*, v. 3, n. 1, p. 69–110, 2009. A opção justifica-se porque as obras de Mendes mapeiam e organizam o debate a respeito da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. Como busca de segurança, após essa primeira listagem, usei a busca avançada de bases de dados acadêmicas (Heinonline e Jstor) para pesquisar os termos “legitimidade democrática”, “controle de constitucionalidade” e “desenho institucional”, dando privilégio a resultados que dialogavam com autores já listados.

¹⁴¹ Como essa reconstrução passou por um juízo substantivo, a catalogação dos autores e as respectivas tipologias possuem um componente de discricionariedade.

¹⁴² Essa não seria a única forma possível de estruturar este capítulo. Como algumas teorias normativas são mais exigentes que outras, há certa sobreposição nessas exigências em distintas teorias normativas. Ao apresentar os argumentos de modo apartado ao invés de conectados com as premissas da respectiva teoria normativa, há um ganho em termos de clareza na disposição de todas as razões presentes nas teorias que têm como consequência determinado arranjo institucional. Ainda assim, perde-se em profundidade a respeito do raciocínio de cada autor, e daqueles com quem ele dialoga. A decomposição dos argumentos por elemento do desenho tem como consequência a dificuldade da localização das teorias no debate sobre legitimidade do controle de constitucionalidade. Para sanar a deficiência dessa opção narrativa, recuperei nesta introdução o panorama do debate sobre legitimidade do controle de constitucionalidade. Além disso,

têm os seguintes elementos como premissa ou pilar para a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade: (1) a limitação no escopo ou efeitos restritos do controle de constitucionalidade; (2) a capacidade de vetar decisões de outros poderes; (3) mecanismos que garantam o insulamento da política; (4) o fornecimento de razões para as decisões proferidas; (5) a estrutura colegiada; (6) ferramentas para deixar de decidir e determinar o contexto da decisão; e (7) ferramentas que facilitem a deliberação.

Alguns elementos institucionais mapeados são mutuamente excludentes¹⁴³. Outros foram depreendidos de mais de uma teoria normativa, ainda que por razões distintas. Em contrapartida, algumas teorias normativas possuem mais de um pilar institucional. Nesse caso, a teoria foi fragmentada em tópicos distintos, para a identificação de cada um dos elementos institucionais tidos como relevantes¹⁴⁴⁻¹⁴⁵.

Boa parte desses requisitos refere-se a elementos constitutivos do desenho de órgãos do judiciário. É possível a objeção de que a listagem seja tautológica, ou seja, elementos exigidos pela teoria e que são pressupostos para sua legitimidade consistem precisamente nos elementos que caracterizam uma corte como corte. Essa objeção, contudo, não procede. Esses elementos podem ser de fato constitutivos de cortes constitucionais, mas estão longe de ser óbvios. Aceita-se de modo pouco refletido que cortes constitucionais possuem esses elementos, sem analisar seu fundamento normativo.

contextualizarei, sempre que possível, como cada argumento insere-se na respectiva teoria normativa, apresentando suas premissas. Quando já houver mencionado as premissas indicarei em nota de rodapé as páginas nas quais o fiz. Além disso, disponibilizo no apêndice deste capítulo uma tabela que relaciona as recomendações institucionais das teorias normativas analisadas neste capítulo com a classificação que cada uma das teorias receberia a partir da tipologia de Conrado Hübner Mendes.

¹⁴³ Considerações a respeito da limitação do escopo do controle de constitucionalidade são o principal exemplo. Esse tipo de consideração está presente em teorias que veem o instituto com desconfiança, mas o toleram a depender do modo como seu escopo é institucionalmente previsto. Para quem defende um escopo restrito de controle de constitucionalidade, as recomendações seguintes são pouco relevantes. Outro exemplo são os mecanismos de garantia da independência judicial, que parecem conflitar, ao menos a priori, com as ferramentas para determinar o contexto da decisão.

¹⁴⁴ Mas os fundamentos que justificam a necessidade de cada elemento institucional só são adequadamente compreendidos olhando a partir de um olhar global para a teoria normativa. Bickel demanda que um desenho institucional da corte preveja ferramentas para não decidir. Contudo, esse elemento só é necessário porque o autor também exige a fundamentação. Conrado Hübner Mendes exige que um desenho institucional estabeleça mecanismos facilitadores da deliberação, e com essa premissa exige a estrutura colegiada.

¹⁴⁵ As bases de cada teoria normativa foram descritas no tópico que representa o principal pilar para a legitimidade democrática da corte na respectiva teoria. Isso não impede que a teoria normativa volte a ser mencionada na seção destinada a outro elemento institucional, caso este outro elemento também seja, de algum modo, mencionado pelo autor. Cabe um exemplo para ilustrar como isso ocorreu. O principal pilar do constitucionalismo popular mediado de Friedman é o dever de justificação, pois apenas com este elemento existiriam razões para mediar a interlocução com o debate público. Ainda assim, o autor também discorre sobre vantagens da formação da agenda do tribunal. Nesse caso, as bases da teoria normativa foram descritas no tópico 4.2., mas o autor volta a ser mencionado no tópico 8, quando falo dos mecanismos para deixar de decidir.

Mesmo que seja para falar o óbvio, entender a raiz da exigência ou da importância de cada um desses elementos para a legitimidade enriquece o debate sobre legitimidade do controle de constitucionalidade. Se a tarefa de desempenhar o controle de constitucionalidade é atribuída a cortes constitucionais, isso ocorre porque há algo em sua estrutura que as torna apta a tal. E olhar para esses elementos é o primeiro passo para uma avaliação do grau de legitimidade de desenhos institucionais mais específicos e em pequena escala, porque olhar para a relação entre desenho e premissas normativas permite que entendamos o que não pode faltar em uma corte.

Dou início ao capítulo com um breve panorama do debate sobre legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, dentro do qual algumas das teorias são totalmente apartadas de qualquer elemento institucional. Em seguida, passo a descrever cada um dos elementos identificados no debate, em ordem crescente de especificidade.

1. O debate sobre legitimidade democrática do controle de constitucionalidade e a ausência de considerações institucionais

O debate a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade já foi ilustrado graficamente como uma linha reta com extremos em defesa, de um lado, da supremacia do legislativo e, de outro, a supremacia do judiciário para decidir desacordos sobre direitos¹⁴⁶. Neste debate, os argumentos subdividem-se em razões de resultado e razões procedimentais. Razões de resultado defendem que melhores resultados são atingidos quando uma ou outra instituição tem a última palavra sobre desacordos de direitos. Para elas, desacordos sobre direitos são resolvidos de um modo mais justo, a depender da existência do controle de constitucionalidade. De outro lado, razões de processo defendem que a natureza, desenho ou atributos de uma ou outra instituição a tornariam mais legítima para dar a última palavra sobre direitos¹⁴⁷. Para razões de processo, o resultado é muitas vezes indiferente, porque parte-se da premissa de que é impossível avaliar objetivamente qual seria o resultado mais justo.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Cf. MENDES, Conrado Hübner, **Controle de constitucionalidade e democracia**, São Paulo: Elsevier Brasil, 2008, p.29.

¹⁴⁷ Para um mapa dos argumentos em defesa do controle de constitucionalidade, cf. MENDES, Conrado Hübner, Is it all about the last word? Deliberative separation of powers, **Legisprudence**, v. 3, n. 1, p. 69–110, 2009

¹⁴⁸ Os argumentos presentes nessa parcela do debate encontram-se ora em uma tensão, ora em uma complementaridade entre forma e substância. A tensão entre argumentos de processo e argumentos de resultado existe quando eles são colocados como opostos, e a conclusão é pela prevalência de um ou de outro. A complementariedade existe quando há uma ponte entre argumentos de processo e argumentos de

Em reação às teorias que defendem a última palavra, surgem aquelas que concebem uma relação de diálogo entre cortes constitucionais e parlamentos¹⁴⁹. O recurso à noção de diálogo inutiliza¹⁵⁰ ou ao menos relativiza¹⁵¹ a busca pela última palavra. Dentre teóricos que partem da perspectiva do diálogo, há três variações: quem concebe a corte como guardião da deliberação, quem a concebe como interlocutora e, por fim, quem a concebe como instância deliberativa¹⁵².

No primeiro grupo encontram-se aqueles para quem cabe à corte assegurar a deliberação em outras arenas, sem participar dela¹⁵³. Ou seja, as decisões da corte funcionariam como elementos catalisadores de um diálogo em outros poderes e atores externos. Contudo, a corte, como instituição, não participaria deste diálogo, e os membros que compõem a corte não dialogariam entre si.

O segundo grupo concebe cortes constitucionais como participantes do diálogo por meio do fornecimento de razões não encontradas em outras instituições¹⁵⁴. Para eles, a corte, como instituição, não apenas catalisa o diálogo como também participa dele por meio dos argumentos que traz em suas decisões. Contudo, os membros da corte não dialogariam entre si ou com atores externos no processo de tomada de decisão.

Para terceira variante, por sua vez, caberia à corte catalisar a deliberação externamente e participar deste diálogo por meio da justificação de suas decisões, assim como na variante anterior. Mas mais do que isso, seus membros também deveriam interagir entre si e diretamente com atores externos antes, durante e depois do momento

resultado: porque a corte possui determinados atributos para decidir, é a instituição com mais condições de chegar a resultados corretos e, com isso, a mais equipada para decidir este tipo de desacordo. Este último caso ocorre, em geral, quando o autor concebe uma relação entre sua teoria da justiça (o que deve ser decidido) e sua teoria da autoridade (a quem cabe decidir). Sobre a tensão entre forma e substância no debate da última palavra, cf. MENDES, Conrado Hübner, Not the last word, but dialogue: Deliberative separation of powers II, **Legisprudence**, v. 3, n. 2, p. 191–246, 2009.

¹⁴⁹ A oposição entre última palavra e diálogo está presente na tipologia de Conrado Hübner Mendes. Cf. supra nota 20). Ela espelha, de certo modo, a oposição entre democracia majoritária limitada pelo constitucionalismo minoritário e democracia deliberativa (para a distinção, cf. ZURN, Christopher F., **Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review**, Cambridge: Cambridge University Press, 2007., em especial p.68-73).

¹⁵⁰ MENDES, Conrado Hübner, Not the last word, but dialogue: Deliberative separation of powers II, **Legisprudence**, v. 3, n. 2, p. 191–246, 2009.

¹⁵¹ MENDES, Conrado H., Neither dialogue nor last word: Deliberative separation of powers III, **Legisprudence**, v. 5, n. 1, p. 1–40, 2011.

¹⁵² Trata-se de tipologia de Conrado Hübner Mendes (Cf. MENDES, Conrado, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013.)

¹⁵³ O autor categoriza Cass Sunstein e Santiago Nino nesta vertente. Apesar de não indicado pelo autor, Fallon, cuja teoria será abaixo apresentada, parece enquadrar-se nessa categoria

¹⁵⁴ O autor indica Rawls, Kumm, Alexy, Dworkin e Bickel como expoentes dessa categoria. Apesar de não indicado pelo autor, me parece que Friedman também se enquadre nesta categoria.

de tomada de decisão¹⁵⁵. A interação da corte pode tanto ocorrer mediada por razões externadas no documento escrito resultante da decisão, quanto por intermédio de outros arranjos de estímulo à transparência e abertura a atores externos.

Parte do debate sobre legitimidade democrática do controle de constitucionalidade não possui qualquer conexão com elementos institucionais. São teorias normativas apartadas de considerações ou mesmo premissas a respeito da estrutura do órgão encarregado de realizar o controle de constitucionalidade.

É o caso de Waldron e Tushnet, para quem o controle de constitucionalidade seria inerentemente ilegítimo e incompatível com a democracia. Waldron parte de uma visão majoritária de democracia que tem por fundamento a noção de chances iguais de participação na tomada de decisão política. Isso faria do legislativo a arena mais capacitada e legítima para decidir desacordos sobre direitos.

Desacordos fundamentais de direitos não possuiriam resposta certa e deveriam ser alvo de debates na comunidade política, o que exigiria um processo legislativo robusto¹⁵⁶. Cortes não teriam essas credenciais democráticas porque (i) seus membros não são eleitos e, portanto, não representam a população e não têm o dever de prestar contas a seu eleitorado. Além disso, a arena judicial (ii) não proporcionaria a transparência necessária para o debate envolvendo desacordos de direitos. Nela, o debate seria travado sob uma fachada de neutralidade, evadindo das discussões morais que lhe são centrais. Por fim, cortes constitucionais (iii) não teriam diversidade na composição apta a espelhar a diversidade social¹⁵⁷. Por isso, independentemente da estrutura institucional da corte responsável por realizar o controle de constitucionalidade, nem as razões procedimentais e tampouco as substantivas sobreviveriam às críticas direcionadas ao instituto.

Para Tushnet, a existência do controle de constitucionalidade poderia não apenas deslocar o debate sobre direitos para a arena judicial, como também alterar o conteúdo e a linguagem do debate ocorrido na arena legislativa. Isso prejudicaria o produto da decisão majoritária. Sabendo que sua decisão poderá ser controlada por outro órgão, o legislativo poderia dar atenção demais às discussões constitucionais, em detrimento de

¹⁵⁵ De acordo com o autor, Ferejohn e Pasquino enquadram-se nessa variante ao introduzirem a distinção entre deliberação interna e deliberação externa. O próprio Conrado Hübner Mendes também filia-se a essa vertente, mas rechaça a distinção entre deliberação interna e externa e propõe um modelo alternativo de avaliação da performance deliberativa em três graus: núcleo da deliberação, facilitadores da deliberação e moldura da deliberação.

¹⁵⁶ WALDRON, Jeremy, **Political Political Theory – Essays on Institutions**, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016., p.98

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp.129-132; 193-194;

debates relacionados ao bem comum. A essa patologia, o autor dá o nome de distorção da decisão majoritária. Por outro lado, o legislativo também poderia optar por desconsiderar elementos constitucionais, sabendo que eventuais violações poderão ser posteriormente corrigidas em sede do controle de constitucionalidade. Essa segunda patologia consistiria na debilitação da decisão majoritária¹⁵⁸.

Essas deficiências, para o autor, não conseguiriam ser contornadas por soluções institucionais que tentam limitar o controle de constitucionalidade ao circunscrever seu domínio a determinados contextos¹⁵⁹.

A defesa da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade também pode independer de considerações institucionais. É o caso do argumento segundo o qual o controle de constitucionalidade é necessário para garantir a eficácia da Constituição.

O discurso da guarda da Constituição é ostensivamente reproduzido na doutrina brasileira¹⁶⁰. Uma formatação sofisticada desse argumento é encontrada em Bruce Ackerman. Para o autor, o controle de constitucionalidade seria legítimo porque garantiria a preservação da vontade do povo, tal qual prevista no texto constitucional, bem como sua proteção contra desvirtuações eventualmente implementadas na política ordinária¹⁶¹. Seu ponto de partida é a noção de democracia dual, que distingue a vontade do povo, manifestada tão somente em momentos de elaboração constitucional, da vontade dos governantes, que os representam no exercício da política ordinária.

Nas demais teorias normativas analisadas, foi possível identificar ao menos um elemento de desenho institucional, seja como premissa para a noção de corte por trás da teoria normativa, seja explicitamente como requisito para a legitimidade.

¹⁵⁸ TUSHNET, Mark, Policy distortion and democratic debilitation: Comparative illumination of the countermajoritarian difficulty, *Michigan Law Review*, v. 94, n. 2, 1995, pp.245-250; 265-275.

¹⁵⁹ Para o autor, tanto o minimalismo de Sunstein quanto as virtudes passivas de Bickel confundem o juízo político com o juízo substancial sobre o caso e não apresentam parâmetros para medir quando a corte deveria decidir não decidir. Diferença entre Bickel e Sunstein é que para o primeiro, uma vez que a corte aceita a jurisdição, ela deve decidir com base em princípio (mas ele tem como premissa uma concepção de princípio que não subsiste diante dos argumentos do realismo jurídico), e ela estava mais adequada para interpretar a corte Warren. Já o minimalismo de Sunstein afirma que mesmo no conteúdo da decisão a corte deve conscientemente optar por ser minimalista ou maximalista, a depender de seu juízo político sobre a existência ou não de dissenso na sociedade sobre o assunto. (TUSHNET, Mark, The jurisprudence of constitutional regimes: Alexander Bickel and Cass Sunstein, *in: Judiciary and American Democracy, The: Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory*, Albany, SUNY Press, 2012.)

¹⁶⁰ Cf, por exemplo, BONAVIDES, Paulo, Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil), *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 127–150, 2004., em especial p. 135.

¹⁶¹ ACKERMAN, Bruce, Constitutional Politics/Constitutional Law, *The Yale Law Journal*, v. 99, n. 3, p. 453–547, 1989.

2. Limitações institucionais ao escopo ou efeitos do controle de constitucionalidade

A primeira recomendação institucional mapeada consiste em um desenho que limite o tipo de matéria passível de controle de constitucionalidade, ou os efeitos da decisão proferida pelo órgão encarregado de realizá-lo. Esse tipo de premissa está presente em teorias que desconfiam do instituto do controle de constitucionalidade e, com isso, encontram nessas limitações institucionais uma forma de compatibilizá-lo com condições democráticas ou ao menos torná-lo tolerável em uma democracia.

Nem todas as teorias que veem o controle de constitucionalidade com desconfiança recomendam sua supressão. Na literatura, é possível encontrar autores que se opõem ao instituto, mas procuram formas de adequá-lo às exigências da democracia, superando a objeção de que juízes, não eleitos, não teriam as credenciais para decidir desacordos sobre direitos. Por trás da intenção de limitar o controle de constitucionalidade de modo a torná-la compatível com a democracia encontram-se sugestões de aprimoramento de instituições formais ou informais. Recomendações institucionais dessa natureza foram divididas em dois subtipos. O primeiro deles, representado por Dixon e Bustamante, defende a necessidade de um freio formal aos efeitos de declarações de inconstitucionalidade, na forma do que ficou conhecido como controle fraco de constitucionalidade. O segundo grupo, representado por Dahl e Ely, defende que o controle de constitucionalidade deveria se restringir a questões procedimentais¹⁶². Ambas as soluções institucionais podem ser combinadas, como ocorre em Santiago Nino.

2.1. Limitações institucionais aos efeitos do controle de constitucionalidade: o controle fraco de constitucionalidade

Há quem tolere o controle de constitucionalidade, contanto que o legislativo tenha a possibilidade de superar a decisão judicial que derruba um ato reputado inconstitucional. Essa sugestão parte da noção de controle fraco de constitucionalidade (*weak judicial review*).

A premissa deste tipo de defesa moderada e institucionalmente condicionada do controle de constitucionalidade é que há uma esfera de decisões democráticas exclusivas

¹⁶² Jeremy Waldron reconhece que o objeto de sua crítica é especificamente o controle forte de constitucionalidade, mas não chega a defender sua modalidade fraca. (WALDRON, Jeremy, The core of the case against judicial review, *Yale Ij*, v. 115, p. 1346, 2005).

do legislativo. O controle de constitucionalidade fraco consistiria em uma alternativa institucional capaz de compatibilizar a garantia de supremacia da Constituição com a democracia. Nessa modalidade de controle, o legislativo poderia decidir por afastar a decisão do tribunal e, com isso, recuperar a eficácia da decisão majoritária. O judiciário poderia emitir declarações de inconstitucionalidade, mas o legislativo teria a possibilidade de derrubá-las caso entendesse necessário. O controle fraco de constitucionalidade abarca uma diversidade institucional, e é identificável em experiências institucionais de países como Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido¹⁶³.

Dixon compartilha das premissas do argumento contrário ao controle de constitucionalidade encabeçado por Waldron, mas indica que a alternativa institucional do controle fraco de constitucionalidade responde às objeções trazidas pelos opositores do controle de constitucionalidade¹⁶⁴.

Para a autora, o legislativo deveria ter a última palavra sobre desacordos de direitos, pois ele tem o pedigree democrático para questões de moralidade política. Contudo, o instituto do controle de constitucionalidade é virtuoso à democracia porque viabiliza uma solução de eventuais impasses em decisões políticas. A adoção do controle de constitucionalidade, contudo, não precisaria significar necessariamente dar a última palavra para a corte constitucional. A forma de conciliar o benefício trazido pelo instituto com a democracia seria instituir o controle de constitucionalidade, mas institucionalizar que a última palavra caiba ao legislativo, e não ao judiciário. Isso seria logrado com um desenho usualmente categorizado como controle fraco de constitucionalidade.

A autora faz questão de explicitar que isso não equivale a uma defesa do controle de constitucionalidade como arranjo desejável. Esse raciocínio tão somente indicaria que,

¹⁶³ A experiência do Canadá exemplifica como a arquitetura institucional pode viabilizar isso. A carta de direitos do Canadá estabelece que todas as leis devem obrigatoriamente observar e respeitar os direitos nela previstos, bem como quaisquer direitos e liberdades declaradamente reconhecidos, a não ser que ato expresso do parlamento estabeleça que a lei deve continuar valendo, a despeito da carta de direitos. Esse dispositivo, conhecido como notwithstanding clause, confere a possibilidade de que o legislativo derrube, pelo período de 5 anos sujeito a renovação, uma declaração de inconstitucionalidade da corte. Ao fazê-lo, congrega todos os elementos da revisão judicial – garantia de direitos fundamentais, proteção inclusive contra emendamento pela maioria legislativa, e atuação de cortes constitucionais nessa tarefa –, mas faz com que não seja a corte a instituição com a última palavra nesse processo, mas sim o legislativo, que pode derrubar suas decisões e fazer prevalecer a vontade de representantes eleitos. Para fins do presente trabalho, não cabe distinguir todos os arranjos possíveis. (Cf. GARDBAUM, Stephen, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, *The American Journal of Comparative Law*, v. 49, n. 4, 2001, p.723)

¹⁶⁴ DIXON, Rosalind, *The Core Case for Weak-Form Judicial Review*, *Cardozo Law Review*, v. 38, p. 2193, 2016, p.2203. (“Weak-form review of the kind defended in this Article, therefore, is best understood as judicial review that is both relatively broad in scope ex ante, and non-final in nature ex post. In some ways, it may be misleading to call review of this kind “weak” in nature: it combines elements of strong review ex ante (i.e., broad and coercive judicial review power) with a susceptibility to override, in ways that may make it closer to review that is “dialogic” or “responsive” rather than weak in nature.”)

nesses moldes, o controle de constitucionalidade certamente não consistiria em afronta à democracia.

Essa também é a sugestão de Thomas Bustamante¹⁶⁵, para quem a adoção do arranjo institucional do controle fraco de constitucionalidade atinge o objetivo instrumental do controle de constitucionalidade sem, com isso, incorrer nas deficiências do controle forte de constitucionalidade¹⁶⁶. O controle fraco de constitucionalidade não retiraria do povo e de seus representantes a responsabilidade moral pela interpretação de direitos, e tampouco retiraria do povo o direito de participar do processo de tomada de decisão política próprio da democracia. Como decisões em cortes constitucionais de sistemas de controle de constitucionalidade fraco não apresentam respostas definitivas, o povo preserva o poder de participar de decisões definitivas por meio de seus representantes. Além disso, como agentes públicos devem superar o ônus argumentativo das decisões da corte caso desejem derrubar as declarações de inconstitucionalidade, a responsabilidade por direitos é compartilhada entre os três poderes.

2.2. Limitações institucionais ao escopo do controle de constitucionalidade

Dentre teorias que recomendam um desenho institucional que estabeleça limites ao controle de constitucionalidade, há ainda uma segunda subespécie. Ela consiste nas teorias que, com a mesma premissa, também veem o controle de constitucionalidade com cautela. Contudo, procuram conciliá-lo com a democracia impondo limitações a seu escopo, isto é, ao tipo de matéria passível de controle de constitucionalidade.

Para Dahl, o controle de constitucionalidade indiscriminado seria patológico à democracia. Isso porque (i) a expectativa de atuação do judiciário desincentivaria uma

¹⁶⁵ BUSTAMANTE, Thomas, On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review Be Morally Justified?, in: **Democratizing Constitutional Law**, New York, NY: Springer, 2016, p. 29–69.

¹⁶⁶ Para Bustamante, inexistem razões morais intrínsecas às cortes constitucionais que justifiquem sua existência. Por isso, as cortes constitucionais devem enfrentar um dever de justificação na democracia. No exercício deste dever de justificação de sua autoridade, dois tipos de razões surgem: razões que o autor denomina instrumentais, para as quais a autoridade de cortes constitucionais está condicionada ao preenchimento de uma série de condições que justificam indiretamente sua autoridade. De outro lado, coloca-se uma justificativa procedimental que serve como argumento contrário à controle de constitucionalidade. O autor conclui que a justificação instrumental (que tem Dworkin e Raz como expoentes) não subsiste na justificação do controle de constitucionalidade forte porque acaba bloqueando a continuidade do diálogo, mas é suficiente para justificar sistemas de controle de constitucionalidade fraca. (Cf. *Ibid.*, em especial p.63)

autocontenção do legislativo¹⁶⁷. Além disso, (ii) a experiência norte-americana mostra que a corte constitucional historicamente não age em defesa de direitos de minorias, mas sim acaba por encampar políticas da coalizão majoritária vencedora das eleições¹⁶⁸. Nesse cenário, o máximo que se poderia esperar do controle de constitucionalidade seria o acréscimo de entraves à implementação de uma política. Ainda que não recomendável, contudo, a instituição do controle de constitucionalidade teria legitimidade democrática caso seu escopo de atuação fosse restrito a assegurar a preservação de direitos e interesses integrais ao processo democrático ou que, apesar de externos ao processo democrático, são necessários para sua plena consecução. Qualquer interferência substancial que extrapolasse a garantia do processo democrático, contudo, não teria legitimidade democrática¹⁶⁹.

Com premissas distintas, conclusão similar está presente em Ely¹⁷⁰. O autor parte da clássica objeção ao controle de constitucionalidade: o texto constitucional possuiria textura aberta e, diante da inexistência de uma fonte externa de valores a preencher seu significado¹⁷¹, a determinação do conteúdo substantivo da Constituição dependeria dos valores do intérprete¹⁷². A isto se acrescenta que seleção e acomodação de valores fundamentais foi relegada pela Constituição, quase em sua totalidade, ao processo político¹⁷³. Não caberia à corte decidir essas questões em aberto, sob pena de permitir que juízes não eleitos impusessem seus próprios valores fundamentais. A juízes caberia, contudo, a tarefa de supervisionar e corrigir eventuais patologias nos aspectos procedimentais da democracia representativa, garantindo a alternância no poder e igualdade na representação de minorias¹⁷⁴.

¹⁶⁷ Argumento similar está presente em Tushnet. Contudo, como visto, a premissa é utilizada para justificar a supressão do controle de constitucionalidade (cf. supra, cap. 2, seção 1, p.68)

¹⁶⁸ DAHL, Robert A., *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker* Policy Making in a Democracy: The Role of the United States Supreme Court: Role of the Supreme Court Symposium, No. 1, *Journal of Public Law*, v. 6, n. 2, 1957, p.295. Cite-se o trecho: "Although its record is by no means lacking in serious blemishes, at its best the Court operates to confer legitimacy, not simply on the particular and parochial policies of the dominant political alliance, but upon the basic patterns of behavior required for the operation of a democracy."

¹⁶⁹ DAHL, Robert Alan, *Democracy and its Critics*, New Haven: Yale University Press, 1989, pp.187-192.

¹⁷⁰ É verdade que a proposta de Ely refere-se a uma forma de interpretação, e não há menções ao desenho institucional. Ainda assim, essas considerações podem ser enquadradas nesta tipologia porque o controle de constitucionalidade pela suprema corte, no sistema dos Estados Unidos, não está constitucionalmente prevista. Trata-se de uma instituição informal, isto é, uma prática consolidada de modo a constranger o comportamento dos atores.

¹⁷¹ ELY, John Hart, *Democracy and distrust: A theory of judicial review*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980, p.73.

¹⁷² *Ibid.*, pp. 44-48; p.59.

¹⁷³ *Ibid.*, p.87.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p.103-105; p.135;

A solução institucional de limitar o escopo da revisão judicial pode surgir combinada com a sugestão de limitação dos efeitos, discutida no tópico 2.1. Essa combinação está presente na teoria normativa de Santiago Nino. O autor defende que a esfera de atuação de cortes constitucionais deveria se restringir a três situações nas quais há ameaças às condições da democracia ou à preservação do texto constitucional¹⁷⁵. Isso ocorreria quando (i) há violação das regras do processo legislativo, (ii) legisladores procuram impor um padrão de conduta que afeta esfera de direitos alheios, ou (iii) quando a legislação passa impecavelmente pelo processo democrático, não viola direitos, mas vai de encontro com elementos que preservam o estado de direito. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando a legislação editada vai diametralmente contra texto expresso da Constituição Histórica¹⁷⁶.

A partir dessas premissas, o autor sugere que o formato ideal de controle de constitucionalidade seria aquele no qual há uma alternativa à decisão extrema de derrubar uma lei que foi fruto do processo democrático.

O equilíbrio ideal seria atingido por meio de um arranjo institucional que possibilitasse uma espécie de decisão provisória – que ele denomina “veto suspensivo”. Essa decisão permitiria conferir sinalizações e estímulos ao legislativo sem a imutabilidade de uma decisão irreversível. Esse veto provisório teria efeitos imediatos, mas poderia ser derrubado pelo legislativo após rediscussão do tema. Funcionaria, com isso, como uma espécie de decisão provisória que possibilitaria a qualificação do debate público e reabertura da discussão na esfera legislativa, desta vez informada pelo posicionamento da corte.

O autor também sugere uma declaração de inconstitucionalidade por omissão, na qual seria possível exigir do legislativo a implementação de determinado direito ou fazer com que este justifique a omissão e seus planos para corrigi-la¹⁷⁷.

¹⁷⁵ NINO, Carlos Santiago, **The constitution of deliberative democracy**, New Haven: Yale University Press, 1998, p.199-207.

¹⁷⁶ Nino utiliza o conceito de Constituição histórica em oposição à Constituição ideal. A Constituição histórica seria o texto fruto de uma prática social, que é caracterizado pela imprecisão e deve ser interpretado. A razão prática a partir do texto da Constituição histórica só seria possível após uma espécie de silogismo. Para Nino, o texto constitucional (Constituição histórica) só pode ser reputado legítimo caso possua, em seu conteúdo, a proteção de direitos e o estabelecimento da democracia. A Constituição Ideal, por sua vez, consistiria no conteúdo crucial para que o texto constitucional possa servir como uma justificação às ações em uma democracia. Caso atenda aos requisitos da Constituição ideal, a Constituição histórica será elemento responsável pela preservação do estado de direito. (*Ibid.*, pp.20-28; 205); Para descrição detalhada da relação entre constitucionalismo e democracia em Santiago Nino, cf. GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 1998, pp.215-216.

Essas soluções permitiriam que o judiciário assegurasse a proteção e promoção de direitos sem ter a contrapartida negativa de derrubar uma lei que foi fruto do processo democrático.

Por estarem presentes em teorias normativas avessas ao controle de constitucionalidade, tanto a limitação nos efeitos (controle de constitucionalidade fraco) quanto as limitações em seu escopo são, em sua maioria, inconciliáveis com outros tipos de recomendação a seguir descritos. Ou seja, se a premissa da teoria normativa é que o controle de constitucionalidade é tolerável caso seu desenho institucional estabeleça limitações por natureza, a maioria das teorias não vai além para estabelecer qual procedimento decisório é mais compatível com a democracia¹⁷⁸. Os próximos elementos institucionais, descritos a seguir, podem ser combinados entre si. A tabela do apêndice 2 correlaciona as recomendações institucionais com as respectivas teorias normativas.

3. Capacidade de vetar decisões de outros poderes

O segundo elemento institucional identificado nas teorias normativas analisadas é a capacidade de funcionar como um entrave às decisões de representantes eleitos. Esse elemento está presente em teorias que justificam a legitimidade de cortes constitucionais em razão do mero benefício à democracia decorrente da adição de um ponto de veto e das consequências positivas que a existência de diversos vetos pode trazer ao diálogo¹⁷⁹.

Teorias dessa espécie concebem o diálogo como um fenômeno estrutural que é produto necessário da separação de poderes¹⁸⁰. Pontos de veto seriam, deste modo,

¹⁷⁸ Não há uma incompatibilidade natural entre teorias normativas que toleram o controle de constitucionalidade com outras recomendações institucionais, mas é o que ocorre nessas teorias normativas. A exceção é a teoria de Ely, da qual é possível inferir alguns outros elementos institucionais.

¹⁷⁹ Utilizarei os argumentos de Fallon para ilustrar esse raciocínio. Argumentos similares aparecem em Julia Mahoney, Frank Cross e Freeman (Cf. CROSS, Frank B., *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, **Cornell L. Rev.**, v. 85, p. 1529, 1999.; MAHONEY, Julia, *Kelo's Legacy: Eminent Domain and the Future of Property Rights*, **The Supreme Court Review**, 2005.). No Brasil, Rodrigo Brandão parece enquadrar-se também nesta categoria. O autor não desenvolve a noção do papel que concebe à corte e, com isso, parece restringir-se à concepção mais restrita de diálogo, já que não acresce outros requisitos. Após recuperar argumentos presentes nas teorias da última palavra, o autor conclui que a noção de diálogo é mais adequada para descrever a relação entre cortes constitucionais e legislativo no Brasil, especialmente considerando a existência de mecanismos institucionais para superar as decisões do STF: emendas constitucionais e leis que trazem novas razões em defesa de interpretação constitucional alternativa. (cf. BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais**, Edição: 2a. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.).

¹⁸⁰ Essas teorias parecem enquadrar-se no que, na tipologia de Conrado Hübner Mendes, é denominado “dialogue from without”. Para ilustrar essa categoria, o autor utiliza-se da noção de construção coordenada de Louis Fisher, Keith Whittginton e Mitchell Pickerill e da noção de constitucionalismo popular mediado pela Corte de Barry Friedman e, no debate canadense, Janet Hiebert (MENDES, Conrado Hübner, *Not the last word, but dialogue: Deliberative separation of powers II*, **Legisprudence**, v. 3, n. 2, p. 191–246, 2009.) Ainda que Fallon não seja citado pelo autor, ele parece enquadrar-se nessa categoria.

apenas trampolins institucionais para que outros atores políticos exerçam poderes de veto, sem qualquer agência própria. Seriam uma oportunidade institucional a ser instrumentalizada por outro ator para o exercício de um poder de veto. Mas a corte em si não participaria desta interlocução e não teria qualquer contribuição qualitativa ao debate, razão pela qual não seria propriamente um ator no jogo político.

O termo espelha a distinção que, na ciência política, opõe a visão de cortes constitucionais como pontos de veto (*veto points*) ou como efetivos poderes de veto (*veto players*)¹⁸¹. Enquanto poderes de veto consistiriam em quaisquer atores políticos cuja concordância é necessária para implementar uma mudança em política pública, pontos de veto consistiriam em arenas institucionais que permitem a atores políticos exercer ou ameaçar exercer seu poder de veto sobre uma política.

Para Fallon, a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade não decorre da maior aptidão de cortes constitucionais para decidir casos na gramática de direitos e, com isso, maior possibilidade de chegar a decisões corretas para desacordos sobre direitos. Cortes são legítimas porque representam um poder de veto adicional sobre uma legislação potencialmente violadora de direitos fundamentais. Deste modo, cortes constitucionais não seriam mais bem equipadas para decidir sobre direitos e não teriam o monopólio desta decisão. Tanto cortes constitucionais quanto o legislativo deveriam ser vistos como instituições protetoras de direitos fundamentais justamente em razão de sua capacidade de viabilizar vetos a decisões políticas. Neste cenário, seria preferível pecar pelo excesso de proteção, cumulando a atividade do legislativo com o controle de constitucionalidade, a falhar por uma proteção insuficiente.

Essa justificativa confia na estrutura institucional como garantia da proteção de direitos fundamentais. Apesar disso, o autor não chega a analisar desenhos específicos para além dos extremos entre existência ou inexistência do controle de constitucionalidade¹⁸².

As implicações para o desenho institucional, no caso, são mínimas e resumem-se a qualquer estrutura que permita à corte exercer seu potencial de vetar legislações

¹⁸¹ TAYLOR, Matthew M., **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**, Edição: 1. Stanford: Stanford University Press, 2008, pp.75-77, na qual faz breve revisão do uso dos termos. O foco dos trabalhos é a influência da estrutura da corte para as táticas jurídicas utilizadas para contestar políticas públicas na arena judicial. Ele argumenta que o controle de constitucionalidade pode ser uma ferramenta institucional utilizada por atores para viabilizar o veto de políticas, isto é, que podem funcionar como pontos de veto. Cf. também VOLCANSEK, Mary L., Constitutional courts as veto players: Divorce and decrees in Italy, *European Journal of Political Research*, v. 39, n. 3, p. 347–372, 2001.

¹⁸² FALLON, Richard H. Jr, The Core of an Uneasy Case for Judicial Review, **Harvard Law Review**, Av. 121, p. 1693, 2007., p.1695.

potencialmente danosas a direitos fundamentais. Ainda assim, trata-se de premissa a ser levada em consideração na formatação do desenho institucional, como um requisito negativo. Essa premissa orienta o desenho institucional ao indicar que o processo decisório da corte não pode ocasionar entraves ao exercício da função primordial de vetar uma atuação violadora de direitos humanos, sob pena de perder a raiz de sua legitimidade¹⁸³.

4. Fornecimento de razões: Fórum de princípios, razão pública, opinião pública e contestação socrática

O terceiro elemento institucional identificável em teorias normativas é a justificação de decisões. As teorias normativas que demandam justificação de decisões serão subdivididas em dois blocos, a partir das distintas premissas e do papel que a justificação desempenha para a legitimidade em cada teoria normativa.

Para o primeiro bloco, representado por Dworkin, Bickel e Rawls, a justificação é elemento nuclear em razão de seu conteúdo. Cortes seriam legítimas justamente porque fornecem razões não encontradas na arena da política. Já para o segundo bloco, representado por Friedman e Stone-Sweet, a justificação teria o papel de mediar a interlocução com o debate público ou com o legislativo. Não há um elemento propriamente distinto nas razões fornecidas pela corte, e é essa interlocução que constrói a legitimidade da corte constitucional¹⁸⁴.

¹⁸³ Seria possível a objeção de que essa não chega a ser uma recomendação institucional, mas sim uma defesa do controle de constitucionalidade independentemente do modo como desenhado. Sempre que existente, o controle de constitucionalidade imporá um ponto de veto ao legislativo. Essa objeção não procede por duas razões: em primeiro lugar, porque não é necessariamente da natureza do controle de constitucionalidade a imposição de um ponto de veto. Esse pode ser o desenho mais usual, mas é possível vislumbrar desenhos alternativos, como o já mencionado controle de constitucionalidade fraco, e também formas alternativas de dosar consequências do controle de constitucionalidade, como previsto na tipologia de advice-giving (KATYAL, Neal Kumar, Judges as advicegivers, *Stanford Law Review*, Vol. 50, p. 1709–1824, 1998.). Além disso, explicitar a premissa normativa da importância da função de veto pode ter implicações para refletir sobre como outros elementos institucionais, no campo do desenho institucional em pequena escala, podem promover ou dificultar o exercício dessa finalidade.

¹⁸⁴ Importante pontuar que ambos os autores parecem conectar a legitimidade democrática – em termos normativos – à legitimidade política. Trata-se de uma premissa significativamente distinta que tem implicações para o papel da descrição da prática constitucional em suas teorias normativas.

4.1. Razões e fórum de princípios

Para este primeiro bloco de teorias normativas, a premissa institucional do dever de justificação está atrelada à noção de que cortes constitucionais fornecem razões de uma natureza não encontrada na arena da política.

A teoria normativa de Dworkin tem a interpretação como elemento central¹⁸⁵. Para o autor, o que confere legitimidade à corte constitucional é justamente a natureza das razões lançadas naquela arena, fundadas em princípios, e não em políticas. Ao condicionar o exercício do controle de constitucionalidade ao modo como a corte interpreta o direito, a premissa subjacente é o fornecimento de razões em decisões que derrubam legislação contrária à Constituição.

Dworkin rechaça uma visão segundo a qual a democracia seria atingida por meio da mera viabilização de iguais chances de participação política¹⁸⁶. Em sua noção comunal de democracia, a igualdade política requer que o poder político seja distribuído de modo coerente, com igual tratamento e respeito a todos os membros da comunidade¹⁸⁷. A distribuição coerente do poder político depende das consequências do processo político, isto é, da igualdade na distribuição de recursos.

Como democracia é mais do que a prevalência da vontade de maioria, nem toda decisão tem seu resultado mais justo atingido por meio da contagem de cabeças. A vontade da maioria deve ser reservada para questões de políticas, nas quais deve-se averiguar qual o melhor interesse da comunidade como um todo.

¹⁸⁵ GUEST, Stephen, **Ronald Dworkin**, Stanford: Stanford University Press, 2012, p.19

¹⁸⁶ Dworkin pontua que há duas formas de interpretar a premissa básica de que democracia consiste em fornecer igualmente poder à comunidade política como um todo. A primeira delas, que ele denomina *detached conception*, interpreta a distribuição igual de poder como uma distribuição de iguais chances de participação nas escolhas da comunidade política. O foco dessa concepção é procedimento, ignorando ou ao menos dando de barato suas consequências, pressupondo que elas ocorrerão, desde que o procedimento seja garantido. Em contraste, uma segunda tradição teórica – à qual ele se filia - define a distribuição igual de poder como distribuição igualitária de recursos, oportunidades e valores entre os membros da comunidade política. O foco, deste modo, são as consequências. O melhor procedimento é aquele capaz de atingir tais consequências, isto é, aquele capaz de facilitar uma distribuição igualitária de recursos, oportunidades e valores. (DWORKIN, Ronald, **Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality**, Cambridge: Harvard University Press, pp.185-190; 208-209); Cf., também, DWORKIN, Ronald, **Justice for Hedgehogs**, Reprint edition. Cambridge, Mass.: Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2013, p.483, NR 9 (“the majoritarian principle is not (...) a general principle of fairness independent of context – that is, an intrinsically fair process”).

¹⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner, **Controle de constitucionalidade e democracia**, São Paulo: Elsevier Brasil, 2008, p. 64. De acordo com a noção comunal, a democracia consiste em uma parceria, por parte dos membros da comunidade política, no sentido de um empreendimento coletivo. Essa parceria envolve um compromisso subjacente com a igualdade, isto é, com a construção de um ente coletivo ao qual todos os cidadãos sintam-se filiados. Para que os indivíduos sejam tratados com igual consideração e respeito, deve-se garantir a participação na decisão coletiva, a aceitação de que o impacto de decisões públicas na vida de um indivíduo é tão relevante quanto um impacto na sua, e a independência para julgar livremente o mérito das decisões políticas coletivas.

Contudo, o mesmo não pode ser dito quando a solução das controvérsias depende de um juízo moral, com recurso a valores subjacentes a normas. Nesses casos, denominados questões de princípios, representantes eleitos não são mais habilitados a decidir, porque o processo político é dominado por alianças, estratégias e acomodações para atender a pressões circunstanciais. O controle de constitucionalidade existiria para barrar decisões da maioria que se distanciam muito dos princípios morais¹⁸⁸.

Cortes desempenhariam o papel de fórum de princípios, representando os membros da comunidade por meio de razões. A comunidade política, nessa dinâmica, participaria do processo decisório de questões de princípio por meio do debate público. Esse debate público, contudo, só seria possível caso os juízes trouxessem razões de moralidade política em sua decisão¹⁸⁹.

Para o autor, os juízes, no exercício do controle de constitucionalidade, inevitavelmente deverão enfrentar questões substantivas de moralidade política. Tentativas de limitar o controle de constitucionalidade somente teriam o condão de mascarar esse juízo, que é substantivo, sob uma pretensa cortina de neutralidade. Não é possível fugir, deste modo, de questões morais, e todas as tentativas presentes na literatura para esquivar a corte de juízos morais estariam fadadas ao fracasso¹⁹⁰.

A melhor forma de conciliar o controle de constitucionalidade com a democracia seria, por isso, reconhecer que o papel das cortes constitucionais é atuar como fóruns de princípios. Ao injetar argumentos de princípio no processo de tomada de decisão política, o controle de constitucionalidade assegura que questões fundamentais de moralidade política sejam enquadradas e debatidas como questões de princípios, e não meramente de força ou interesse político. É deste modo que o exercício do controle de constitucionalidade areja o debate político com argumentos não encontrados na arena política. Ele também garante direitos de minorias e decisões justas, que de outro modo

¹⁸⁸ Cabe, aqui, uma ressalva importante. Em produções mais recentes, respondendo a críticas, Dworkin relativiza essas constatações. O autor afirma que saber se o controle de constitucionalidade contribui ou não para a legitimidade varia de comunidade para comunidade política. Disto decorre que sua teoria normativa valeria para contextos similares àquele que tem como base para a construção da teoria normativa. (Cf. DWORKIN, Ronald, **Justice for Hedgehogs**, Reprint edition. Cambridge, Mass.: Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2013). Não há indicações, contudo, de quais seriam os contextos nos quais a corte não colaboraria para a democracia.

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald, **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**, Cambridge: OUP Oxford, 1999, p.29-35.

¹⁹⁰ O originalismo seria falho porque juízes não são capazes de encontrar a vontade do constituinte. Por sua vez, também a restrição do controle de constitucionalidade a questões formais estaria fadada ao fracasso porque os juízes também não são capazes de distinguir com sucesso questões procedimentais de questões substantivas.

talvez não fossem atingidas, e colabora para criar uma cultura jurídica e política de respeito a direitos e que tem o controle de constitucionalidade como cerne¹⁹¹.

Em razão do modo como constrói o raciocínio que justifica a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, a teoria normativa de Dworkin tem como premissa institucional o fornecimento de razões.

Em verdade, Dworkin é mais exigente quanto à postura exigida dos juízes no momento de interpretar o direito. Não é a existência de qualquer justificação que torna o controle de constitucionalidade legítimo, mas sim a justificação de determinada natureza, que concebe o direito como integridade¹⁹² e se vale de argumentos de princípio¹⁹³.

De modo similar a Dworkin, Bickel afirma que cortes constitucionais deveriam decidir com base em princípios, entendidos como valores previstos na Constituição que estruturam a comunidade política¹⁹⁴. Princípios teriam duas características distintas. Em primeiro lugar, seriam absolutos, isto é, não admitiriam flexibilizações ou acomodações em razão de pressões de conveniência relacionadas a resultados imediatos (*expediency*). Além disso, não possuiriam um núcleo semântico fixo e estariam em constante evolução, renovação e desenvolvimento, razão pela qual não deveriam ser mero objeto de aplicação mecânica¹⁹⁵. Por essas razões, as cortes constitucionais, insuladas e capacitadas para decidir com base em princípios¹⁹⁶, seriam legítimas para exercer o controle de constitucionalidade¹⁹⁷.

De qualquer modo, destas duas teorias normativas decorre a necessidade da existirem mecanismos institucionais que viabilizem o exercício do dever de justificação. A premissa institucional é, deste modo, mínima: é preciso que exista uma decisão apta a justificar a derrubada da lei.

O dever de justificação também é um elemento institucional essencial para a teoria normativa de Rawls. Assim como as duas teorias normativas anteriores, o dever de

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald, **A matter of principle**, Cambridge: OUP Oxford, 1986, pp.68-71.

¹⁹² DWORKIN, Ronald, Hard cases, **Harv. L. Rev.**, v. 88, n. 6, 1975.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald, Principle, policy, procedure, *in*: **A Matter of Principle**, Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 72–103.

¹⁹⁴ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 261. (“(...) the Court is the institution best fitted to give us a rule of principle, which we strive to attain along with the principle of self-rule”; Bickel não apresenta um conceito explícito de princípio, mas é possível inferir que ele utilize o termo nesse sentido.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p.25.

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 26-28.

¹⁹⁷ A teoria de Bickel não se resume a este ponto. Como a democracia também exige compromissos mais imediatistas, o autor sugere que a corte seja capaz de acomodar essas concessões sem abdicar de juízos de princípio por meio do uso de virtudes passivas. Essa recomendação institucional será analisada com mais detalhes na seção 7 deste capítulo.

justificação é exigido por conta da natureza dos argumentos mobilizados na arena judicial. Contudo, há duas distinções importantes: a teoria normativa de Rawls (i) não é uma defesa da legitimidade democrática de cortes constitucionais, e (ii) parece partir de uma concepção de separação de poderes segundo a qual cortes constitucionais, primordialmente, catalisam o debate público¹⁹⁸.

Cortes constitucionais seriam um exemplo da personificação institucional da razão pública, por decidirem com base em princípios e desempenharem um papel educativo na comunidade política.¹⁹⁹ Apesar da existência de desacordos plausíveis sobre questões de moralidade política, a razão pública engloba um núcleo de princípios políticos compartilhados pela comunidade, bem como métodos de justificação consensualmente aceitos²⁰⁰. Ela especifica os valores políticos e morais básicos que ditam a relação entre um governo democrático e seus cidadãos, bem como a relação entre os cidadãos que fazem parte da comunidade política. Ela é qualificada como pública porque consiste na razão de cidadãos livres e iguais entre si; porque seu sujeito é o bem público, em questões que envolvem compreensões fundamentais de justiça ou da essência da Constituição; e sua natureza e conteúdo são públicos, expressos por um raciocínio público e justificado por concepções plausíveis de justiça política, que satisfaçam o critério da reciprocidade²⁰¹.

Isso significa, em síntese, que a interpretação exercida pela corte deve ser justificada a partir da razão pública, de modo consistente com uma visão plausível da Constituição. O uso da razão pública é a raiz da legitimidade democrática de qualquer decisão política em questões básicas de justiça, instituições governamentais ou direitos individuais.

¹⁹⁸ O diálogo é considerado nas duas teorias normativas anteriormente descritas. Contudo, em Rawls, ele parece ter mais peso. Cortes seriam, primordialmente, interlocutoras no debate público. (Para a tipologia de concepções distintas de diálogo, cf. MENDES, Conrado, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Cambridge Oxford University Press, 2013)

¹⁹⁹ RAWLS, John, **Political liberalism**, Columbia: Columbia University Press, 2005, p.234.

²⁰⁰ Ao explicar a teoria de Rawls, Zurn afirma que: “Rawls understands the content of “public reason” to be comprised of the substantive political principles shared in the overlapping consensus, in addition to commonly shared standards of evidence, inference, and justification. So, on the one hand, public reason contains substantive political principles: principles such as those guaranteeing individual liberty of conscience, rights to due process of law, equal voting rights, and so on, as well as those underlying the structure of democratic government and political processes. On the other hand, public reason also contains generally accepted methods of inquiry and deliberation” (ZURN, Christopher F., **Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review**, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p.169). Trata-se de questões como quem deve ter o direito a votar, quais religiões devem ser toleradas ou o que se concebe como direito de propriedade ou oportunidades justas e iguais. Essas questões seriam alguns dos valores políticos mais básicos à comunidade política. A legitimidade do governo depende da existência desse consenso básico a respeito de valores fundamentais.

²⁰¹ RAWLS, John, **Political liberalism**, Columbia: Columbia University Press, 2005, p.442

Caberia aos juizes desenvolver e expressar, em seus votos, a melhor interpretaçao que eles podem²⁰², isto e, a interpretaçao que melhor se encaixe no conjunto de normas constitucionais e precedentes. Tambem caberia a eles justificar sua decisao com base em uma variante razoavel da concepcao publica de justica. O papel da corte e dar publicidade, vida e vitalidade a razao publica. Por essa razao, a justificacao das decisoes e tao importante para a legitimidade.

Ao exercer esse papel, o controle de constitucionalidade forca a introducao de questoes principiologicas na discussao politica, de acordo com os valores politicos da justica e da razao publica. Com isso, o debate publico torna-se mais do que uma mera disputa por poder²⁰³. A razao publica requer que cidadaos sejam capazes de justificar suas escolhas em termos de um balanço plausivel (nas palavras do autor, razoavel) entre valores politicos publicos. E importante pontuar que o argumento de Rawls não consiste em uma defesa do controle de constitucionalidade como melhor alternativa institucional.

Como indicado, a teoria normativa de Rawls não e propriamente uma defesa normativa da legitimidade democratica do controle de constitucionalidade. Ainda assim, ao utiliza-la para exemplificar a personificacao da razao publica, Rawls tem como premissa um papel concebido a corte constitucional, bem como o requisito institucional do dever de justificacao. Não e possivel dizer, a partir de Rawls, que o controle de constitucionalidade seria essencial em um sistema. Contudo, caso ele exista, a corte deveria funcionar como um forum de razao publica. Isso depende, em termos institucionais, da existencia de uma fundamentacao.

A teoria normativa de Rawls e mobilizada por Kumm para uma defesa expressa da legitimidade democratica do controle de constitucionalidade²⁰⁴. Para o autor, cortes constitucionais seriam aptas a estimular o que denomina pratica da contestacao socratica, forçando agentes publicos a avaliar suas medidas e levar em consideracao os onus que elas impoem a direitos de individuos por eles afetados²⁰⁵.

A contestacao socratica consiste na pratica de engajar autoridades criticamente, expondo a justificativa para suas decisoes politicas ao crivo de boas razoes²⁰⁶. Deste

²⁰² *Ibid.*, pp.235-236

²⁰³ *Ibid.* Rawls deixa claro que isso não implica uma defesa da legitimidade do controle de constitucionalidade, mas sim uma exemplificacao da noçao de razao publica, mostrando como a corte pode ser um exemplo.

²⁰⁴ KUMM, Mattias, Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review, **European Journal of Legal Studies**, v. 1, n. 2, p. 153-183, 2007.

²⁰⁵ *Ibid.*, p.151.

²⁰⁶ *Ibid.*, p.155

modo, controle de constitucionalidade não estaria em tensão com a democracia, mas sim a complementar. A corte exerce o papel de estímulo à contestação socrática ao fornecer razões em suas decisões. Nesse processo, o teste de proporcionalidade funciona como instrumental analítico perfeito para avaliar as condições necessárias e suficientes para a prevalência de direitos sobre outras questões de interesse político. Se é por meio de razões que a corte estimula a contestação socráticas, o fornecimento de razões em suas decisões é elemento institucional essencial.

O fundamento da qualidade das razões fornecidas, em cada teoria normativa, é distinto. Mas todas elas têm em comum (i) a percepção de que as razões fornecidas pela corte tem alguma vantagem qualitativa e (ii) conseqüentemente, a premissa institucional do dever de justificação.

4.2. Razões como mediadoras da interlocução com a opinião pública ou com outros poderes

Para o segundo bloco de autores, cortes constitucionais não estariam blindadas de erros ou mais habilitadas à gramática de direitos. Contudo, as razões proferidas em suas decisões mediarão uma interlocução com a opinião pública. Neste caso, a crença na qualidade das razões da corte diminui, e aumenta o peso da função instrumental que as razões desempenham para o estímulo do diálogo²⁰⁷.

Para Barry Friedman, cortes constitucionais não seriam nem uma ameaça à democracia, tampouco uma benção da qual decorre a proteção de direitos e da Constituição²⁰⁸.

A partir de casos-exemplo da Suprema Corte, Friedman mapeou o processo por meio do qual a corte passou a endossar a opinião pública, da qual depende sua independência e a construção de sua autoridade. A constatação de que a Suprema Corte decide de acordo com a opinião pública não ameaça, para o autor, sua legitimidade justamente porque a Constituição ganha significado a partir do processo dialógico entre a corte e a sociedade. O mais importante, assim, não seria como a corte atua no processo

²⁰⁷ Essa categoria distingue-se daquela descrita no tópico 3, de pontos e veto. Naquele grupo de autores, a Corte é vista como uma arena à qual atores recorrem para questionar políticas e, com isso, mais um entrave institucional a legislação potencialmente danosa a direitos. Já neste grupo, atribui-se à corte um papel ativo, de interlocutor no debate público, e não apenas de arena na qual questiona-se uma legislação. A distinção equivale, na ciência política, à já enunciada oposição entre pontos de veto e poderes de veto.

²⁰⁸ Por essa razão, o autor afirma que o debate em torno da dificuldade contramajoritária seria impreciso e simplista. (FRIEDMAN, Barry, Dialogue and Judicial Review, *Michigan Law Review*, v. 91(4), p. 577–682.)

de controle de constitucionalidade, mas sim como o público reage a suas decisões que não são definitivas²⁰⁹.

O papel de uma corte constitucional na democracia é servir como catalisadora do diálogo perante a opinião pública. Por meio deste diálogo, o significado da Constituição seria progressivamente construído.

Isso não significa que toda decisão da corte estaria necessariamente de acordo com a vontade popular, mas sim que o significado da Constituição seria construído a partir de uma acomodação mútua, no decorrer do tempo, entre as decisões da corte e a vontade popular²¹⁰. Também não equivale à instantânea aceitação de decisões judiciais pela opinião pública, pois é preciso diferenciar as preferências populares imediatas daqueles valores constitucionais aceitos pelo povo e consolidados no decorrer do tempo²¹¹. Isso significa tão somente que, no decorrer do tempo, a prática da corte tanto influenciaria quanto seria influenciada pela opinião pública.

Neste procedimento dialógico entre a corte constitucional e a sociedade, a justificação presente em suas decisões teria a função de mediar a interlocução com o debate público. O raciocínio tem como premissa, portanto, a exigência do dever de justificação.

De modo similar, também para Stone-Sweet cortes constitucionais atuam como interlocutoras em um diálogo a partir do qual se dá a construção do significado da Constituição. Neste caso, contudo, trata-se de um diálogo com o legislativo, e não com a opinião pública²¹².

O autor concebe a corte constitucional como uma espécie de terceira câmara legislativa, especializada no controle de constitucionalidade. A função das cortes constitucionais seria legislar²¹³, e sua legitimidade política teria sido construída no

²⁰⁹ FRIEDMAN, Barry, **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, pp.380-382

²¹⁰ FRIEDMAN, Barry, **Mediated Popular Constitutionalism**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2003. Por isso, o autor afirma que estaríamos em um Sistema de constitucionalismo popular mediado pelas formas por meio das quais o público recebe informações a respeito do papel das cortes constitucionais e das decisões, responde às decisões e é levado em conta pela corte na rodada seguinte deste diálogo.

²¹¹ *Ibid.*, em especial pp.10-11. “The idea of mediated popular constitutionalism rests on three assumptions. The first is that judicial decisions rest within a range of acceptability to a majority of the people. The second assumption is that even when the public disagrees with some decisions, it nonetheless supports the practice of judicial review. The third is that if the people were discontent with judicial review and its outputs, they could take action.”

²¹² SWEET, Alec Stone, **Governing with judges: constitutional politics in Europe**, Cambridge: OUP Oxford, 2000.

²¹³ Ao decidir questões constitucionais, a corte reconstrói o direito constitucional, pois explica ou até mesmo altera regras que regulam o processo de elaboração de leis, e sinaliza como decidirá em casos futuros. Com

decorrer do tempo por meio da interação entre os litigantes, juízes e a academia. A partir dessa premissa, o autor constrói um modelo teórico de interdependência entre a atividade legislativa, a atividade judicial e construção do significado da Constituição.

Este diálogo seria movido por uma combinação entre tensão e harmonia na relação entre a estrutura normativa (que o autor denomina *macro-level*) e o comportamento estratégico dos atores envolvidos na interação que constrói a legitimidade da corte (o *micro-level*).

Por meio do comportamento estratégico de atores políticos, questões políticas seriam trazidas à justiça constitucional. A jurisprudência construída pela atividade da corte constitucional, por sua vez, teria uma autoridade pedagógica de orientação da atividade do legislativo em casos futuros. Além disso, esse diálogo faria com que o legislativo passasse a incorporar argumentos constitucionais nas justificativas normativas à legislação, isto é, incorporar técnicas judiciais²¹⁴.

Quanto mais rodadas possuir esse processo de diálogo, menos faz sentido o caráter de especialização da corte constitucional, porque a questão constitucional já chegará à corte carregada por todos os tipos de argumentos existentes no debate. Apesar de não desconsiderar o caráter técnico das razões trazidas pela corte, o autor reconhece que a função da corte constitucional é participar deste diálogo. Tanto que, ao fim dele, pouco diferencia as razões da corte constitucional das razões das outras esferas legislativas.²¹⁵

Neste diálogo, a corte tem o desafio e o interesse na manutenção de seu poder. A tecnicidade na justificação das decisões parece ser concebida como uma estratégia da corte para colaborar com a percepção da neutralidade, o que seria importante para preservar sua legitimidade política. Ao lado da tecnicidade na justificação, a corte também poderia utilizar-se da tática de antecipar reações políticas às suas decisões, seja para adequar-se à vontade da maioria ou para deixar a decisão menos precisa, evitando a declaração expressa de partes vencedoras ou perdedoras²¹⁶.

Não há menção expressa às razões como premissa à legitimidade, mas o fornecimento de razões é intuitivamente necessário para que o diálogo ocorra. O autor coloca ênfase (i) no modo como a linguagem e as razões trazidas na arena judicial se

isso, a atividade legislativa de interpretar a Constituição tem um impacto tanto retrospectivo quanto direto no processo legislativo (*Ibid.*, pp.194-204.)

²¹⁴ *Ibid.*, pp.194-204.

²¹⁵ SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone, **On law, politics, and judicialization**, Cambridge: Oxford University Press, 2002, p.201. Por essa razão, categorizei o autor ao lado de Friedman.

²¹⁶ SWEET, Alec Stone, **Governing with judges: constitutional politics in Europe**, Cambridge: OUP Oxford, 2000, p.200.

difundem no legislativo, e (ii) no modo como a tecnicidade de decisões pode colaborar para a construção da legitimidade política de cortes constitucionais. Esses resultados só são possíveis caso decisões sejam justificadas.

5. Estrutura colegiada

A estrutura colegiada surge como premissa em algumas teorias normativas mapeadas, em contraposição à alternativa de relegar o controle de constitucionalidade a juízes individuais. Essas teorias pressupõem que um conjunto de julgadores chega a decisões melhores do que um juiz individual.

Os membros da corte podem interagir entre si de distintos modos para chegar a um resultado, a depender do desenho institucional. Podem existir variações, por exemplo, no modo como o colegiado interage e no modo como os votos são contabilizados. As regras do processo de tomada de decisão podem prejudicar a legitimidade democrática do tribunal, caso firmam o núcleo da razão pela qual cada teoria normativa defende a estrutura colegiada. É por isso que, nesta seção, abordarei não apenas as razões que justificam a existência de uma corte colegiada como também as condições para que essas razões sejam verdadeiras e eventuais formatos de processo decisório que podem funcionar como entrave às vantagens da estrutura colegiada.

As teorias normativas listadas nesta seção não consideram a estrutura colegiada um elemento essencial à legitimidade democrática, apesar de tê-la como premissa²¹⁷. Reputo, contudo, que este fato já seja suficiente para sua inclusão na listagem de elementos institucionais, por duas razões. Em primeiro lugar, porque essas teorias trazem boas razões para que, caso o controle de constitucionalidade exista, ele seja exercido por uma corte constitucional colegiada. Em segundo lugar porque mesmo as teorias que não explicitam as boas razões para a adoção desse desenho utilizam a estrutura colegiada como argumento para corroborar a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

Há quatro possíveis vantagens de cortes constitucionais colegiadas, listadas por Mendes: a despersonalização, a prudência política, a relevância simbólica e a

²¹⁷ É por essa razão que Arguelhes e Ribeiro reputam impossível inferir que a estrutura colegiada seja uma recomendação institucional em teorias normativas que as têm como premissa, por não se tratar de um pilar essencial à legitimidade. (Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, 'The Court, it is I'? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory, *Global Constitutionalism*, v. 7, n. 2, p. 236–262, 2018.)

probabilidade epistêmica²¹⁸. A despersonalização em cortes constitucionais colegiadas torna o peso da declaração de inconstitucionalidade institucional, e não individual²¹⁹. A prudência política evita a excessiva concentração de poderes e confere à corte a força política para tomar decisões controversas quando necessário. A relevância simbólica denota reconhecimento de que interpretar o direito é uma tarefa complexa que deve, por isso, ser relegada a um corpo de pessoas, e não a um indivíduo sozinho. Por fim, a probabilidade epistêmica remete à noção de que duas cabeças pensam melhor do que uma.

A essas quatro vantagens descritas por Mendes é possível, a partir da literatura, acrescentar mais uma: a possibilidade de deliberar, isto é, de facilitar a troca sincera de razões.

Das virtudes que Mendes aponta para a estrutura colegiada, a probabilidade epistêmica parece ser a mais difundida na literatura. A defesa da probabilidade epistêmica remete, em boa parte dos casos, ao chamado Teorema do Júri, enunciado por Condorcet. O teorema parte de um cenário no qual (i) há duas respostas possíveis, e (ii) a escolha racional é superior à aleatória e, com isso, as chances de que um indivíduo esteja correto são sutilmente superiores às suas chances de estar errado. Neste cenário, o aumento na quantidade de tomadores de decisão amplia a probabilidade de que a maioria chegue a resultados corretos²²⁰.

A noção de probabilidade epistêmica surge em Dworkin, para quem a estrutura colegiada parece ser vista como um elemento que constribe ímpetos individuais no momento de tomada de decisão.

Um dos argumentos trazidos por Dworkin para corroborar a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade é o fato de representantes eleitos teriam, comparativamente, mais riscos de lesar a democracia do que o judiciário. Representantes do executivo – presidentes, primeiros-ministros e governadores – e mesmo do legislativo, caso integrem ou presidam comissões com bastante poder, teriam abertura para causar mais danos à democracia do que o judiciário porque (i) decidem individualmente e (ii) uma vez eleitos, não devem prestar contas a seu eleitorado.

²¹⁸MENDES, Conrado, *Constitutional courts and deliberative democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp.61-66.

²¹⁹ O elemento de despersonalização parece espelhar a distinção que, na literatura sobre reputação judicial, opõe elementos de construção de reputação institucional e individual (GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom, *Reputation, Information and the Organization of the Judiciary*, Rochester, NY: **Social Science Research Network**, 2009.).

²²⁰ VERMEULE, Adrian, *Many-Minds Arguments in Legal Theory*, Rochester, NY: **Social Science Research Network**, 2008, p. 3.

Os juízes de uma corte constitucional, em contrapartida, agiriam coletivamente. A necessidade de submeter todo tipo de decisão à maioria dos ministros que compõem o colegiado serviria como uma limitação institucional a arbitrariedades individuais. Além disso, se a composição do tribunal espelhar as características plurais dos membros da comunidade política, a estrutura colegiada também seria uma forma adicional de controle inexistente no caso do executivo que, uma vez eleito, não deve prestar contas a seu eleitorado.

Um desempenho arbitrário ou que não atenda às expectativas do eleitorado pode ser punido nas urnas. Mas entre o momento da eleição e a próxima legislatura há um significativo espaço de tempo para que, sem controle, representantes violem diversos direitos ou valores democráticos²²¹.

Kumm também tem a estrutura colegiada como premissa, mas não a utiliza como fundamento para corroborar as boas razões para a legitimidade do controle de constitucionalidade²²². Também Bickel parece pressupor a estrutura colegiada para a construção de sua teoria²²³, mas ela não parece ser elemento determinante.

O argumento da probabilidade epistêmica também está presente em Kornhauser e Sager²²⁴, para quem a estrutura colegiada aumenta as chances de um resultado correto, e a deliberação pode tornar esse processo decisório ainda mais virtuoso. Os autores demonstram, a partir de um modelo simplificado de adjudicação, que o aumento da quantidade de juízes em uma instância colegiada pode ampliar a precisão do julgamento²²⁵. Se as premissas condorcetianas são todas verdadeiras – (i) controvérsias possuem dois resultados possíveis, (ii) juízes têm iguais chances de atingir o resultado correto, (iii) o procedimento em votação é a maioria simples e (iv) o procedimento é

²²¹ DWORKIN, Ronald, **Justice for Hedgehogs**, Reprint edition. Cambridge, Mass.: Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2013, pp.396-399.

²²² Cabe citar o único no trecho no qual ele surge: First, the very fact that courts are granted jurisdiction to assess whether acts by public authorities are supported by plausible reasons serves as an institutionalised reminder that any coercive act in a liberal democracy has to be conceivable as a collective judgment of reason about what justice and good policy requires. It reminds everyone that the legitimate authority of a legal act depends on the possibility of providing a justification for it based on grounds that might be reasonably accepted even by the party who has to bear the greatest part of the burden. (KUMM, Mattias, Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review, **European Journal of Legal Studies**, v. 1, n. 2, p. 153–183, 2007.)

²²³ BICKEL, Alexander M., The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics, New Haven: Yale University Press, 1986. p.142

²²⁴ KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence, Unpacking the Court, **Yale Law Journal**, v. 96, n. 1, 1986.

²²⁵ Landa e Lax também chegam à mesma conclusão (cf. LANDA, Dimitri; LAX, Jeffrey R., Legal Doctrine on Collegial Courts, **The Journal of Politics**, v. 71, n. 3, p. 946–963, 2009.)

agregativo, e não deliberativo, a probabilidade de precisão na decisão correta aumenta quando a quantidade de membros da instância colegiada aumenta.

O mera existência de um órgão colegiado, por isso, já seria uma virtude. A probabilidade epistêmica de atingir resultados corretos seria diretamente proporcional à quantidade de tomadores de decisão.

Se o colegiado viesse a se valer do método decisório da deliberação, os benefícios da estrutura colegiada seriam amplificados. No curso da deliberação, espera-se que os juízes troquem argumentos e maximizem as razões presentes no debate. A deliberação permitiria que o juiz (i) se tornasse ciente de uma gama de razões distintas que pode levar a resultados distintos; (ii) tivesse condições de convencer seus pares, fornecendo uma visão mais completa no assunto; e (iii) adequasse seu julgamento para uma razão que seus colegas têm como aceitável, de modo consciente ou inconsciente²²⁶.

Se cortes constitucionais são concebidas como instâncias deliberativas²²⁷, o grau de legitimidade democrática depende da qualidade da deliberação²²⁸. Apesar de não ser a única estrutura possível em cortes constitucionais, tampouco garantia de um resultado correto ou mesmo do estímulo ao diálogo com outras instituições – porque isso depende de outros fatores –, existem boas razões para que uma corte seja colegiada. Sendo a instituição colegiada, há também boas razões para que a deliberação seja a razão prática a guiar o processo de tomada de decisão dos juízes que compõem a corte²²⁹.

²²⁶KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence, Unpacking the Court, *Yale Law Journal*, v. 96, n. 1, 1986.; O mesmo argumento está presente em Conrado Hübner Mendes (cf. MENDES, Conrado, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013).

²²⁷ Como indicado anteriormente, trata-se de tipologia de Conrado Hübner Mendes, que distingue entre teorias do diálogo entre aquelas que concebem cortes constitucionais como guardiões da deliberação, interlocutores ou instâncias deliberativas, a depender do grau de envolvimento da corte no diálogo. (Cf. MENDES, Conrado, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013). Essas teorias ressaltam que, para além da interlocução com a sociedade promovida por suas decisões motivadas, há boas razões para que exista diálogo dentro da corte. A corte interage diretamente com atores externos e com a sociedade, e seus membros, no momento de tomada de decisão, interagem entre si. Ferejohn e Pasquino utilizam os conceitos de deliberação interna e deliberação externa para ilustrar essa dualidade, e Conrado Hübner Mendes indica esse processo por meio da concepção da subdivisão do núcleo da performance deliberativa em três etapas: fase pré-decisional (contestação pública), fase decisional (engajamento colegiado) e fase pós-decisional (decisão deliberativa escrita).

²²⁸ Isso passa pela premissa de que, nessas teorias, democracia parece ser uma questão de grau, e não de extremos. A estrutura colegiada é um dos diversos elementos do desenho institucional que podem funcionar como facilitadores da deliberação. Todos os demais elementos institucionais capazes de funcionar como facilitadores da deliberação foram unificados no tópico 8.

²²⁹ MENDES, Conrado, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013., pp.12-14.

A estrutura colegiada viabilizaria, assim, um ambiente mais suscetível à troca de razões e, com isso, funcionaria como facilitador da deliberação. Mas não seria o único elemento do desenho institucional capaz de desempenhar esse papel. A maximização do potencial deliberativo não depende apenas do desenho institucional, mas também da disposição dos ministros da corte para deliberar²³⁰. Para isso, precisam possuir a virtude ética da colegialidade²³¹.

A defesa condorcetiana das vantagens epistêmicas na decisão colegiada depende da existência de pré-requisitos comportamentais e institucionais que nem sempre ficam evidentes na literatura. Para que o Teorema do Júri seja válido como modelo de agregação, é necessário (i) que os juízes adotem uma postura que se propõe a agregar julgamentos, e não preferências²³², e (ii) que todos eles se proponham a resolver o caso partindo da mesma pergunta, o que, no caso de cortes constitucionais, implica encarar o caso como um mesmo problema jurídico. Também não é possível saber até que medida o teorema se aplica em casos nos quais há mais de duas alternativas de respostas.

Além disso, o sucesso do modelo decisório condorcetiano também é influenciado pelo (iii) procedimento de tomada dos votos. A estrutura sequencial de votos poderia servir como incentivo para que tomadores de decisão menos informados presumissem a veracidade daqueles que votaram primeiro, sentirem que seu voto tem menos peso e, com isso, votar de modo menos refletido. Ela também possibilitaria abstenções estratégicas para evitar externar uma opinião quando o caso já está, em tese, decidido, ou optar por seguir uma opinião tão somente porque boa parte dos colegas já a adotou²³³. Esses elementos poderiam minar as vantagens condorcetianas da estrutura colegiada²³⁴.

²³⁰ Há quem diga, também, que a maximização da performance deliberativa também depende do contexto jurídico e político da decisão (cf. *infra*, tópico 8).

²³¹ KORNHAUSER, Lewis A., **Deciding Together**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2013.

²³² A distinção entre agregação de preferências e de julgamentos é usual nessa literatura, e tem como premissa a noção de que algumas questões têm respostas corretas. Quando expressa uma preferência, um indivíduo está realizando uma afirmação limitada e soberana, a partir de seus valores e preferências. Em contraste, quando prefere um julgamento, o indivíduo enuncia uma proposição que acredita ser verdadeira, na qual ele espera a aderência de todos os demais indivíduos que se confrontem com a questão. Duas pessoas podem discordar a respeito de um julgamento, mas quando ela discordam, cada uma delas acredita que a outra está errada. (cf. KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence, *Unpacking the Court*, **Yale Law Journal**, v. 96, n. 1, 1986.)

²³³ Trata-se da literatura sobre aversão ao dissenso. No Brasil, recente trabalho de Felipe Lopes mapeia a literatura e procura aplicá-la ao STF, e alegam a existência de indício da aversão ao dissenso em ações de controle abstrato decididos entre 1990 e 2015. (LOPES, Felipe, **Dissent Aversion and Sequential Voting in the Brazilian Supreme Court**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2019.)

²³⁴ VERMEULE, Adrian, **Many-Minds Arguments in Legal Theory**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2008, em especial pp. 5-9;

Para além dos requisitos institucionais que condicionariam a configuração da probabilidade epistêmica de melhores decisões em cortes colegiadas, a literatura aponta, ainda, duas críticas à defesa das da probabilidade epistêmica ou da deliberação. A deliberação enfrentaria o risco de impasse. Já a estrutura colegiada, independentemente do método decisório, poderia enfrentar o problema da incoerência coletiva.

O impasse faria referência ao risco de que o debate se torne cíclico, sem levar a qualquer resultado. A incoerência, por sua vez, retrataria a ameaça de que a agregação dos votos individuais, cada um com sua própria coerência interna, gere uma opinião da corte incoerente²³⁵.

O problema da incoerência coletiva coincide com o que Kornhauser e Sager denominam “paradoxo doutrinário”. Se um único juiz decide determinado caso sozinho, é possível conectar as premissas a respeito do modo como ele vê cada uma das questões de direito envolvidas no caso com a solução que ele dá ao problema. Em cortes constitucionais colegiadas, isso não é necessariamente verdade. Ainda que os tomadores de decisão tenham interesse em chegar a um juízo correto, a decisão final pode acabar indeterminada em razão do modo como as opiniões são agregadas.

Existiriam, para os autores, dois modelos alternativos de agregação de opiniões: caso-por-caso ou questão-por-questão. No procedimento de votação caso-por-caso (*case-by-case*), os votos são agregados a partir da visão que cada juiz tem a respeito do resultado correto para o caso. Já no procedimento de votação questão-por-questão (*issue-by-issue*), colhe-se separadamente os votos de cada juiz a respeito de cada uma das questões jurídicas que são premissas para a resolução do caso. A partir dos votos individuais em cada uma das premissas, chega-se à decisão da corte²³⁶. O paradoxo doutrinário ocorreria quando, em um caso idêntico, o resultado é distinto a depender do protocolo de votação adotado²³⁷.

É possível utilizar o raciocínio dos autores para estabelecer um paralelismo entre a seleção do caso a ser julgado e a escolha do método de agregação de opiniões. Isso ocorre em sistemas nos quais um mesmo tribunal é encarregado de decidir ações de controle abstrato e também ações de controle incidental de constitucionalidade. O controle abstrato de constitucionalidade consiste em processo constitucional instaurado ad hoc que

²³⁵ *Ibid.*, p.21.

²³⁶ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G., The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts, *California Law Review*, v. 81, p. 1–60, 1993., pp.9-11;

²³⁷ KORNHAUSER, Lewis A., Modeling Collegial Courts. II. Legal Doctrine, *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 8, p. 441–470, 1992.

discute a constitucionalidade da lei em tese. Já o controle incidental ocorre no curso de um processo concreto cuja decisão dependa de um juízo de constitucionalidade²³⁸.

No caso do controle incidental, o juízo a respeito da constitucionalidade da lei é uma das premissas para a resolução do caso concreto. O resultado do julgamento, contudo, também pode depender de outros elementos relacionados, por exemplo, às circunstâncias fáticas do caso. Já no controle abstrato, a discussão da lei em tese torna possível que as premissas coincidam com o resultado, sobretudo em casos nos quais a questão de direito é pouco controversa. É verdade que este paralelismo não é perfeito, pois também essa modalidade de controle pode depender de mais de uma premissa – o principal exemplo são preliminares relativas à admissibilidade. Mas o importante, para esta distinção, é o fato de que essa possibilidade não existe no controle incidental. Nele, o juízo de constitucionalidade sempre será uma premissa para o resultado. Logo, sempre haverá uma dissonância entre as premissas e o resultado do julgamento. Isso aproxima o controle de constitucionalidade abstrato da tomada de votos questão-por-questão e o controle incidental do procedimento de votação caso-por-caso.

Em tribunais nos quais o controle incidental convive com o controle abstrato – como ocorre no desenho institucional do STF –, esse paralelismo ganha implicações práticas. No STF, contabilização dos votos ocorre a partir da parte dispositiva, ou seja, resultado, ainda que os ministros externem suas premissas e apresentem fundamentações individuais. Mas o tribunal concilia competências para julgar tanto ações de controle abstrato – ADI, ADPF, ADO e ADC – como ações de controle incidental, incluindo recursos extraordinários e ações em matéria penal.

Em razão deste sistema misto²³⁹ de controle de constitucionalidade, possível vislumbrar a possibilidade de que uma mesma questão chegue ao tribunal tanto em ação de controle concentrado quanto em ação de controle incidental. Nessas circunstâncias, a seleção de qual caso julgar pode ter implicações similares àquelas da decisão a respeito do protocolo de agregação de opiniões. A seleção de casos pode levar, em outras palavras, a um paradoxo doutrinário. A escolha entre julgar uma ação de controle abstrato ou uma ação de controle incidental teria o potencial de afetar o resultado do julgamento, tal qual

²³⁸CAPPELLETTI, Mauro; GONÇALVES, Aroldo Plínio; MOREIRA, José Carlos Barbosa, **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**, Rio de Janeiro: SA Fabris Editor, 1999, p. 101.

²³⁹ARANTES, Rogério Bastos; KERCHÉ, Fábio, Judiciário e democracia no Brasil, **Novos Estudos**, n. 54, 1999, em especial pp.34-35.

a escolha do método de agregação de votos. A consequência, em ambos os casos, seria um julgamento colegiado incoerente.

O conceito de paradoxo doutrinário e a conexão entre o desenho institucional e a coerência nos resultados não são livres de críticas. List e Pettit, por exemplo, preferem o uso do termo “dilema discursivo”, e afirmam que o desafio da integridade nas decisões independe do modo como as opiniões são agregadas, pois a incoerência e inconsistência seriam intrínsecas a qualquer procedimento de agregação²⁴⁰. Em sentido similar, Easterbrook afirma que a incoerência coletiva em cortes constitucionais reflete, em verdade, a impossibilidade de que qualquer método de tomada de decisão coletiva atenda a todos os requisitos de logicidade e justiça²⁴¹.

A literatura apresenta respostas às objeções do impasse e da inconsistência. Ao risco do impasse, é possível encontrar a resposta de que a regra da maioria seria uma forma pragmática de encontrar, no limite, uma resposta ao caso. A aplicação da regra da maioria resolveria impasses, mas ainda faria mais sentido depois da deliberação do que antes dela²⁴².

A resposta é pragmática: não há problemas na utilização da regra da maioria ou de qualquer outro método agregativo, desde que ocorra depois de um processo decisório deliberativo. Para Mendes, haveria ao menos três alternativas para a tomada de decisão: a barganha, a agregação e a deliberação. A deliberação seria superior aos outros dois

²⁴⁰ Em seu teorema da impossibilidade, os autores afirmam que nenhum procedimento de agregação é capaz de garantir julgamentos consistentes e coerentes, pois isso dependeria da satisfação das condições e (i) um procedimento capaz de funcionar para todo tipo de julgamento, (ii) procedimento que trata todos os tomadores de decisão com igualdade, e (iii) que trate toda a proposição com igual relevância. Nenhum desenho de procedimento decisório seria capaz de atender aos três requisitos simultaneamente (cf. LIST, Christian; PETTIT, Philip, On the Many as One: A Reply to Kornhauser and Sager, **Philosophy & Public Affairs**, v. 33, n. 4, p. 377–390, 2005).

²⁴¹ O autor enuncia e aplica o Teorema da Impossibilidade de Arrow, próprio da teoria da escolha social, para o procedimento decisório de cortes constitucionais. O Teorema de Arrow estabelece que inexistem método de decisão coletiva perfeito, pois nenhum método de escolha social seria capaz de atender aos cinco requisitos de justiça e logicidade. A partir desse teorema, Easterbrook argumenta que cortes constitucionais se adequam aos quatro primeiros requisitos, mas padecem do vício da inconsistência. Cortes constitucionais (i) não delegam sua autoridade a outros tomadores de decisão. Se todos os juízes chegarem a determinada decisão, essa será a opinião da corte; Além disso, (ii) os votos têm igual peso, e não é possível que um único juiz imponha sua preferência, se os demais não estiverem igualmente certos a respeito da decisão; (iii) em muitas disputas jurídicas, existem ao menos três possibilidades, ainda que isso não seja verdadeiro em todas. E, por fim, (iv) a decisão em um caso não deve ser orientada por convicções irrelevantes à solução do caso. Como as quatro primeiras condições estariam presentes, a quinta condição – consistência lógica – não poderia ser satisfeita. A partir dessas premissas, a conclusão é a inutilidade de qualquer crítica à estrutura institucional de cortes constitucionais, pois inevitavelmente ela será falha, como toda estrutura colegiada de tomada de decisão. (EASTERBROOK, Frank H., Ways of Criticizing the Court, **Harvard Law Review**, v. 95, n. 4, p. 802, 1982.)

²⁴² MENDES, Conrado, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp.30-32

processos alternativos de tomada de decisão pois funcionaria como catalisador de cada uma das vantagens de despersonalização, relevância simbólica, probabilidade epistêmica e prudência política.

O autor reconhece que a deliberação não é garantia de consenso. Ainda assim, há um ganho em agregar opiniões – isto é, decidir pela regra da maioria – após a ocorrência do engajamento colegiado, nuclear à deliberação. Nessa hipótese, a agregação não seria a mera contagem de preferências autorrefletidas, mas sim a contagem de preferências deliberadas, ainda que divergentes.

A própria regra da maioria não é livre de críticas. Waldron, por exemplo, examina três razões usualmente trazidas pela literatura para justificar regra da maioria em contextos judiciais, quais sejam: (i) em nome da eficiência, (ii) como forma de objetivamente atingir a melhor decisão (argumentos epistêmicos), (iii) como forma de respeitar o princípio da igualdade política. Para o autor, nenhuma delas justificaria a adoção da regra da maioria em cortes constitucionais, e todas elas entrariam em contradição com as justificativas que essas teorias apresentam para a adoção do controle de constitucionalidade²⁴³.

Em resposta a essa objeção, Dworkin limita-se a concordar com a inexistência de qualquer elemento que torne a regra da maioria um procedimento intrinsecamente justo em cortes constitucionais. Contudo, afirma que isso não esvaziaria as razões em defesa do controle de constitucionalidade²⁴⁴. Ao fazê-lo, parece aliar-se, de certo modo, à justificativa pragmática. Talvez existam, em outras palavras, procedimentos melhores. Contudo, ainda que adotem a regra da maioria, cortes constitucionais seguem mais legítimas para fornecer a última palavra em desacordos de direitos.

O argumento de Waldron, contudo, dá conta de rebater essa justificativa. Para o autor, a regra da maioria de fato é uma solução pragmática que resolve impasses. Mas ela não impede que determinada decisão seja revisitada e até revertida em futuro próximo ou distante. Outras alternativas institucionais desconsideradas pela literatura poderiam evitar flutuações da posição da corte em questões de votação acirrada, a exemplo da exigência

²⁴³ WALDRON, Jeremy, Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts Essay, *Yale Law Journal*, v. 123, p. 1692–1731, 2013.

²⁴⁴DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Reprint edition. Cambridge, Mass.: Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2013. p.485, NR 9.

de quórum de supermaioria em casos nos quais já há uma posição consolidada no tribunal e nos quais deseja-se evitar uma frequente variância²⁴⁵.

Essa alternativa institucional parte de premissa similar àquela externada por Kornhauser e Sager. Para os autores, a escolha do quórum de votação – entre sub-maioria, maioria, super maioria – determinaria o tipo de erro favorecido na agregação de opiniões. Caso se trate de um recurso que discute a reversão de julgamento, regras de quórum mais rigorosas dificultariam a reversão da decisão e, com isso, instituiriam a presunção de que a decisão recorrida está correta, tornando mais difícil a reversão de eventual erro²⁴⁶.

Já o problema da incoerência aponta para o debate a respeito das implicações da adoção dos distintos procedimentos de agregação em cortes constitucionais colegiadas. Na solução apresentada por Kornhauser e Sager, o desenho institucional deveria prever a possibilidade de um meta-voto, aplicável em situações nas quais verifica-se um paradoxo doutrinário. Por meio de um meta-voto, os juízes poderiam votar a respeito de qual o melhor procedimento decisório a ser adotado no caso. A opção por um modelo decisório orientado pelo resultado (caso a caso) poderia, a depender da circunstância, levar a conclusões arbitrárias e deletérias ao desenvolvimento da doutrina jurídica²⁴⁷. Nessa hipótese, a corte deveria optar por um modelo de votação questão-por-questão.

Caso se tenha como premissa que a escolha da ação a ser julgada tem implicações similares à escolha do método de agregação de votos, o meta-voto também seria recomendável, quando presentes três condições. A primeira delas é a existência de um sistema no qual um mesmo tribunal aglutine a competência para julgar tanto ações de controle incidental quanto ações de controle abstrato de constitucionalidade. A segunda, que existam duas ou mais ações de modalidades distintas de controle de constitucionalidade, mas envolvendo a mesma questão constitucional. A terceira, que escolha entre a ação de controle concentrado e a ação de controle difuso tenha implicações para o resultado. Em casos nos quais presentes essas três condições, o desenho institucional também deveria estabelecer a possibilidade de um meta-voto. Por meio deste

²⁴⁵ WALDRON, Jeremy, Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts Essay, **Yale Law Journal**, v. 123, p. 1692–1731, 2013, p.1712.

²⁴⁶ KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence, Unpacking the Court, **Yale Law Journal**, v. 96, n. 1, 1986.

²⁴⁷KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G., The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts, **California Law Review**, v. 81, p. 1–60, 1993, p.57-59.

meta-voto, o tribunal poderia deliberar sobre qual classe de ação selecionar e, com isso, evitar que a seleção do caso levasse a resultados arbitrários ou deletérios.

As teorias normativas listadas apontam, em síntese, para a existência de boas razões para a adoção da estrutura colegiada. A razão mais difundida para a defesa da estrutura colegiada é a premissa de que cortes chegam a decisões melhores, quanto maior for o número de tomadores de decisão. Mas essa vantagem depende do comportamento dos juízes e de outros elementos do desenho institucional do processo decisório, sobretudo no que diz respeito ao modo como os votos são contabilizados.

Votações sequenciais, com a contabilização individual de cada um dos votos, podem criar entraves à realização das vantagens da estrutura colegiada, influenciando no conteúdo dos votos ou trazendo o problema da incoerência coletiva. No extremo oposto, as regras do processo decisório também podem levar a um impasse, o que também prejudicaria as vantagens epistêmicas da decisão colegiada. A regra da maioria seria uma solução pragmática para evitar impasses em uma deliberação, mas não está livre de críticas. Apesar de presentes, alternativas institucionais como o meta-voto ou quóruns mais rígidos para determinadas questões ainda são pouco exploradas.

6. Insulamento da política: independência judicial e imparcialidade

O quarto requisito institucional mapeado é o de insulamento da política. Este requisito decorre do ideal de imparcialidade no exercício do controle de constitucionalidade, tido como premissa em diversas teorias normativas. Ele é caracterizado, em geral, pela não subordinação da atividade judicial a interesses alheios. Essa premissa parece relacionar-se com a exigência, ainda que indireta, de mecanismos que garantam a independência judicial²⁴⁸.

Em algumas das teorias normativas mapeadas, a defesa do ideal de imparcialidade surge em meio ao argumento de que cortes constitucionais seriam mais habilitadas para lidar com a gramática de direitos por estarem insuladas da política. Se as cortes constitucionais fornecem razões qualitativamente distintas daquelas oferecidas na arena

²⁴⁸ Como discutirei a seguir, as exigências dessas teorias parecem identificar-se mais diretamente à acepção expandida de independência judicial, tida como não apenas proteção contra interferências de poderes políticos como também proteção contra quaisquer outros tipos de interferência que alterem a lógica do julgamento. Tenho consciência, contudo, de que este não é o conceito tradicional de independência judicial, e por isso todas as ressalvas e a menção conjunta ao termo imparcialidade.

da política, o insulamento é elemento essencial para que sejam capazes de desempenhar adequadamente sua função.

O raciocínio percorre a seguinte lógica: representantes eleitos do executivo e legislativo estão sujeitos a pressões políticas, pois precisam atender aos interesses de sua base eleitoral caso almejem a reeleição. Cortes dependem do insulamento da política para que sejam capazes de decidir corretamente questões fundamentais de moralidade política subjacentes a desacordos sobre direitos.

Dworkin²⁴⁹ e Bickel,²⁵⁰ fazem expressa menção ao insulamento da política, mas é de se supor que esse raciocínio seja consequência de todas as teorias normativas que depositam a legitimidade democrática das cortes constitucionais no fornecimento de razões de um tipo não encontrado na arena da política, discutidas na seção 4.1²⁵¹.

As teorias normativas não conceituam o insulamento da política, tampouco listam elementos institucionais que seriam essenciais para assegurá-lo. Contudo, a reconstrução da narrativa das teorias normativas permite inferir que o insulamento equivaleria ao distanciamento da política e, conseqüentemente, a uma blindagem contra pressões do governo, da opinião pública e de grupos de interesses específicos. Pressões deste tipo fariam com que a decisão fosse orientada por considerações a respeito do melhor interesse da comunidade política, e não por argumentos de princípio. Cortes só são mais habilitadas para decidir na gramática de direitos porque juízes não são eleitos, o que as torna insuladas de considerações presentes na esfera da política.

Apesar de não conceituar o que entende por insulamento da política, Dworkin não é avesso ao reconhecimento de que o controle de constitucionalidade é exercido em meio ao debate público. O debate público seria, inclusive, a forma por meio da qual a comunidade política participaria do processo decisório. O autor também reconhece que os juízes devem necessariamente fazer juízos de moralidade política quando interpretam o direito²⁵². Esses parecem ser indícios de que a noção de insulamento da política de

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Reprint edition. Cambridge, Mass.: Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2013, p.399

²⁵⁰ BICKEL, Alexander M., **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**, New Haven: Yale University Press, 1986, p.26. (“The insulation and the marvelous mystery of time giver courts the capacity to appeal to men’s better natures, to call forth their aspirations, which may have been forgotten in the moment’s hue and cry”.)

²⁵¹ Cf. supra, cap. 2, seção 4.1.

²⁵² Este ponto foi discutido no tópico 4.1.

Dworkin não demanda uma corte com portas totalmente fechadas à sociedade e supostamente neutra²⁵³.

O conceito, contudo, também não parece abarcar exclusivamente uma noção de independência com relação ao governo, mas também um ideal de imparcialidade. Ao apontar para deficiências no utilitarismo do processo decisório da política, o Dworkin opõe “preferências pessoais”, que consistiriam no interesse que indivíduos possuem na manutenção de seus próprios privilégios, a “preferências externas”, que consistiriam em um juízo a respeito da distribuição justa de recursos e oportunidades aos demais indivíduos. Decisões utilitaristas seriam marcadas pela confusão e interconexão entre esses dois tipos de juízos de preferências. Com isso, os tomadores de decisões políticas sempre estariam sujeitos a incorrer em decisões discriminatórias²⁵⁴. Com essa distinção, o autor justifica a limitação de procedimentos decisórios políticos voltados às questões voltadas à satisfação do bem comum. Questões relativas a direitos deveriam ser relegadas a juízes, insulados da política, e a partir de argumentos de princípios.

Mesmo a literatura da ciência política sobre independência judicial diverge a respeito de seu conceito²⁵⁵. Boa parte da literatura parece concebê-la como uma independência em relação a pressões externas e retaliações por parte do governo²⁵⁶. Nessa literatura, a independência judicial de cortes constitucionais depende de variáveis institucionais que regulam a relação entre poderes eleitos e a corte, isto é, forma de nomeação, mandato, impeachment e remuneração²⁵⁷.

²⁵³ Dworkin não reconhece, contudo – como outras teorias mais recentes passaram a reconhecer – que a proteção contra interferências pode depender da postura da corte e da decisão sobre quando decidir e como relacionar-se com atores externos

²⁵⁴ DWORKIN, Ronald, **Taking rights seriously**, Edimburgo: A&C Black, 2013., pp.234-238;

²⁵⁵ POZAS-LOYO, Andrea *et al*, When and Why do “Law” and “Reality” Coincide? De Jure and De Facto Judicial Independence in Chile and Mexico, *in: Evaluating accountability and transparency in Mexico: national, local, and comparative perspectives*, San Diego: University Readers, 2007..p.130, NR 4.

²⁵⁶ Júlio Rios-Figueroa define independência judicial como “a relação na qual um ator “A” delega autoridade a um ator “B”, na qual o último é mais ou menos independente do ator “B”, a depender da quantidade de controle que A retém sobre B. (RÍOS-FIGUEROA, Julio, **Judicial Independence: Definition, Measurement, and Its Effects on**, Tese (Doutorado em Direito), New York University, 2006, p.17). Também para Taylor, por exemplo, independência judicial incluiria um judiciário, em geral, autônomo, uma suprema corte com juízes independentes de outros poderes (independência externa) e juízes de tribunais inferiores independentes de seus colegas de cortes constitucionais superiores (independência interna).(cf. TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Edição: 1. Stanford: Stanford University Press, 2008.); Essa também parece ser a concepção de independência judicial por trás de FRIEDMAN, Barry, Things Forgotten in the Debate over Judicial Independence, *Ga. St. UL Rev.*, v. 14, p. 737, 1997.

²⁵⁷ RÍOS-FIGUEROA, Julio, **Judicial Independence: Definition, Measurement, and Its Effects on**, New York University, 2006., p. 30. O autor indica que uma estrutura institucional que estabelece nomeação dos juízes da Suprema Corte diretamente por parte do judiciário facilitaria a independência externa; O mandato deveria ser maior que a duração da legislatura, a ponto de reduzir a vulnerabilidade dos juízes, mas não vitalício. O processo de impeachment favorece a independência externa caso seja conduzido no judiciário

Existem, contudo, concepções mais amplas de independência judicial que englobam tanto a proteção contra retaliações políticas como também contra pressões mais difusas de outros atores externos, incluindo até a mídia²⁵⁸. Os autores que definem independência judicial de modo mais amplo não avançam nas estratégias institucionais para atingi-la. É possível, contudo, encontrar sugestões institucionais para na literatura da ciência política para estimular a imparcialidade. Um exemplo seria a sugestão de restrição de informações disponíveis aos tomadores de decisão, dificultando cálculos para maximização de estratégias individuais²⁵⁹.

Para as teorias normativas mapeadas nesta pesquisa, a noção de insulamento da política parece englobar um ideal de neutralidade e imparcialidade que mais se aproxima da concepção mais ampla de independência judicial.

O único requisito institucional que pode ser diretamente depreendido dessas teorias normativas diz respeito à nomeação dos membros da corte constitucional. Por trás dessa exigência, parece se encontrar a premissa de que basta assegurar a existência de juízes não eleitos para que a independência judicial seja assegurada. Contudo, como visto, a

ou demande maioria qualificada no legislativo. Por fim, a irredutibilidade de salários também seria um elemento facilitador da independência externa.

²⁵⁸ Cappeletti, por exemplo, reconhece que o conceito tradicional de independência judicial envolve a independência com relação ao governo (e, mais especificamente, o executivo). Contudo, afirma que a independência do executivo é instrumental para assegurar o valor da imparcialidade. A imparcialidade seria a essência da função judicial, que consiste em atuar como uma terceira parte, imparcial, que decide lides. Para que isso seja possível, é necessário assegurar não apenas a independência de pressões do governo, como também de pressões externas exercidas por parte de outros grupos de interesse, públicos e privados, e também de pressões exercidas pelas próprias partes. (Cf. CAPPELETTI, Mauro, "Who Watches the Watchmen?" A Comparative Study on Judicial Responsibility, *The American Journal of Comparative Law*, v. 31, n. 1, 1983, pp.15-17). Owen Fiss define independência judicial como a proteção contra controle ou influências externas, com três ramificações: (i) independência das partes envolvidas no litígio, que tem raiz na ideia de imparcialidade; (ii) autonomia individual, que consiste na autonomia dentro do judiciário e parece equivaler ao conceito de independência interna, e (iii) insulamento da política, que requer um Judiciário independente não apenas de instituições políticas como também do público em geral. (FISS, Owen M., The limits of judicial independence, *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, v. 25, p. 57, 1993.). Pasquino faz um panorama da evolução histórica do conceito de independência judicial para indicar que o conceito esteve historicamente atrelado à imparcialidade, vista como ausência de subordinação dos juízes às partes do conflito, de quaisquer interesses envolvidos, bem como de tendências e parcialidades dos próprios juízes. (PASQUINO, Pasquale, Prolegomena to a Theory of Judicial Power: The concept of judicial independence in Theory and History, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 2, n. 2, 2010.)

²⁵⁹ Vermeule, que lista algumas técnicas institucionais destinadas a fomentar a imparcialidade em arenas decisórias por meio da diminuição da informação disponível aos tomadores de decisão. A diminuição da informação disponível não impediria a tomada de decisão movida por preferências individuais, mas as tornaria mais difíceis. Elas seriam: (i) a exigência constitucional de irretroatividade, (ii) a exigência de que regras não sejam gerais, (iii) durabilidade da decisão, que valerá a longo prazo, dificultando cálculos a respeito de benefícios a longo prazo, (iv) retardamento da durabilidade da decisão, que impede decisões tomadas a partir de considerações a curto prazo e (v) instituição da aleatoriedade na seleção de futura posição de interesse a tomadores de decisão, o que também contribui para a imprevisibilidade na distribuição de futuros benefícios e custos da decisão. (Cf. VERMEULE, Adrian, Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law, *Yale Law Journal*, v. 111, n. 2, 2001.)

literatura sobre independência judicial aponta para outras variáveis institucionais que influem no grau de independência da corte.

Neste caso, os incentivos institucionais não deveriam se limitar a elementos envolvidos na relação entre poderes eleitos e a corte, mas incluir também ferramentas que blindem a corte de influências das partes, de grupos de interesse, das parcialidades dos próprios julgadores e mesmo da opinião pública. Livre de todos esses tipos de subordinação, seria possível atingir uma decisão orientada por razões de princípio.

É em razão deste conceito expandido de independência judicial que as teorias normativas descritas na seção 4.1, que concebem cortes como fóruns de princípios, não admitem o comprometimento substantivo, ainda que parcial, do conteúdo da decisão. Se a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade reside na natureza das razões fornecidas na arena judicial, juízes não podem ceder a considerações circunstanciais relacionadas ao capital político. Para essas teorias, qualquer restrição, alteração ou limitação no conteúdo da decisão é inaceitável, ainda que isso ocorra para satisfazer a opinião pública ou garantir a eficácia da decisão. A necessidade de fazê-lo significaria ausência de insulamento da política. A decisão, nessa hipótese, seria orientada por outros argumentos que não razões de princípio²⁶⁰.

Disto não decorre a impossibilidade de considerar as pressões de conveniência política no momento da decisão sobre quando decidir. Bickel reconhece a importância deste tipo de juízo, mas indica que questões políticas devem ser incluídas no cálculo a respeito do melhor momento para decidir, sem que isso implique concessões no conteúdo da decisão²⁶¹.

No núcleo dessa distinção encontra-se a oposição entre deferência procedimental e deferência substantiva²⁶². A deferência procedimental, a princípio compatível com teorias normativas que concebem cortes constitucionais como fóruns de princípios, consiste em deixar de apreciar a questão constitucional até que o momento para decidir seja favorável. A deferência substantiva, incompatível com as teorias normativas que concebem cortes

²⁶⁰ A noção de insulamento da política concebida por essas teorias normativas incompatível com outras teorias normativas segundo as quais a raiz da legitimidade é o diálogo e, por não haver um elemento que qualifique a corte como superior para decidir na gramática de direitos, não há necessariamente problemas em limitar o modo como a decisão é endereçada, pois o importante é a interlocução que dela decorre.

²⁶¹ Destas considerações decorre mais um requisito institucional em Bickel: a existência de ferramentas para não decidir no desenho institucional. Este ponto será aprofundado no tópico 7.1.

²⁶² Trata-se de tipologia de Peters e Devins, que será retomada no tópico 7.1. PETERS, Christopher; DEVINS, Neil; Alexander Bickel and the new judicial minimalism, *in: Judiciary and American Democracy, The: Alexander Bickel, the Counter-majoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory*, Albany: SUNY Press, 2012.

como fóruns de princípios, consistiria em proferir uma decisão de mérito incompleta, deixando espaço para a continuidade da reflexão democrática, da deliberação, da participação e da responsividade.

A premissa do insulamento da política como um ideal de independência e imparcialidade surge também em outras teorias normativas, com substratos teóricos totalmente distintos.

É o caso de Ely, que, como visto, concebe a função de cortes constitucionais com mais parcimônia e recomenda limitações institucionais²⁶³. Para o autor, cortes constitucionais são mais habilitadas a exercer a noção moderada de controle de constitucionalidade que ele propõe porque são *outsiders*, isto é, observadores externos à política²⁶⁴ capazes de identificar quando é necessário assegurar o procedimento que garanta a alternância democrática, ou o procedimento que garanta uma representação popular efetiva, facilitando também a representação de minorias. Isso não significa que suas respostas serão corretas, apesar de haver boas razões para pensar que, como juízes são profissionais do direito, sua expertise em processo poderia colaborar.

A noção de imparcialidade também parece estar por trás da teoria normativa de Conrado Hübner Mendes, que concebe cortes constitucionais como instâncias deliberativas²⁶⁵. O autor constrói sua teoria a partir da premissa de que cortes constitucionais são imparciais. O autor explicita que, ao construir sua teoria normativa, tem como premissa (1) um pequeno colegiado não eleito, (2) que não age de ofício, mas sim por provocação e (3) que tem o poder de desafiar atos editados por representantes eleitos em nome da supremacia constitucional. A inércia judicial seria uma das ferramentas capazes de promover a imparcialidade²⁶⁶.

A noção de imparcialidade também surge quando o autor descreve as características do processo decisório deliberativo²⁶⁷. O método da deliberação não macularia o elemento da imparcialidade, ao contrário do que ocorre com a barganha²⁶⁸.

²⁶³ Sintetizei a teoria normativa de Ely na seção 2 deste capítulo (cf. supra p. seção 2).

²⁶⁴ ELY, John Hart, Toward a representation-reinforcing mode of judicial review, *Md. L. Rev.*, v. 37, p. 451, 1977., p.487; ELY, John Hart, **Democracy and distrust: A theory of judicial review**, Cambridge: Harvard University Press, 1980, p.103

²⁶⁵ Sua teoria normativa será aprofundada no tópico 8. Por ora, cabe recuperar que, para o autor, o grau de legitimidade da corte dependerá de seu sucesso na maximização de seu potencial deliberativo. A função da corte é estimular a deliberação em outras arenas, interagir com elas e também ela própria, por meio de seus membros, deve adotar o método decisório da deliberação.

²⁶⁶ MENDES, Conrado, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013., p. 7; NR 19; p.74

²⁶⁷ *Ibid.*, p.14;

²⁶⁸ *Ibid.*, p.65;

O requisito institucional do insulamento da política é utilizado por Comella para apontar a existência de uma vantagem no modelo europeu, quando comparado com o modelo americano e descentralizado de controle de constitucionalidade. No modelo europeu, cortes constitucionais poderiam concentrar todo seu tempo e energia para o controle de constitucionalidade, e não teriam que lidar com questões ordinárias. Isso poderia contribuir para o insulamento da política²⁶⁹. A partir deste raciocínio, cortes constitucionais especializadas em apreciar exclusivamente a constitucionalidade de leis de modo abstrato e ad hoc atenderiam de modo mais satisfatório ao requisito da independência judicial.

Por recorrer à clássica tipologia que separa dois grandes modelos de controle de constitucionalidade, o autor acaba por perder em capacidade explicativa. O modelo brasileiro é exemplo de realidade não abarcada por essa explicação. É possível que uma corte congregue as atribuições de foro judicial especializado e corte constitucional. O STF também mostra como é possível que, em uma corte constitucional, juízes individuais decidam questões sem passar pelo colegiado. A teoria não chega a indicar a razão pela qual cortes constitucionais seriam mais insuladas da política que juízes ordinários – porque atuam de modo colegiado, porque não se envolvem em questões fáticas relativas a casos concretos, ou por uma combinação de ambas as razões. Isso dificulta a mobilização dessas premissas para avaliar desenhos institucionais que admitem a decisão individual em tribunais colegiados. É por essas razões que as justificativas para a vantagem abstrata do modelo europeu não avançam muito em considerações institucionais.

Esta seção indicou que o requisito institucional do insulamento da política tem, sobretudo, raiz na premissa de que cortes são fóruns de princípios e agregam à democracia porque oferecem razões inexistentes na arena da política. Deste conceito é possível inferir uma noção ampla de insulamento da política que engloba não apenas o conceito clássico de independência judicial como também uma noção de imparcialidade. A independência judicial seria assegurada por regras sobre forma de nomeação, mandato, impeachment e remuneração. Enquanto isso, os estímulos institucionais à imparcialidade seriam mais difusos, menos explorados pela literatura, e dependentes do modo como desenhado o processo decisório da corte constitucional.

²⁶⁹ COMELLA, Víctor Ferreres, **Constitutional courts and democratic values: a European perspective**, London: Yale University Press, 2009, p.36.

Apesar de reconhecerem que insulamento da política não significa total neutralidade, essas teorias não admitem, de modo geral, concessões substantivas na decisão. Isso não impede o eventual reconhecimento da possibilidade de deixar de decidir. Este elemento será discutido na seção seguinte.

7. Ferramentas para deixar de decidir: deliberação, virtudes passivas e minimalismo judicial

Há teorias normativas que parecem ter uma concepção mais sofisticada de política judicial²⁷⁰, a qual reconhece a importância do contexto do julgamento. O contexto importa e deve ser considerado no momento de tomada de decisão, sob pena de ineficácia ou mesmo da frustração do componente central da legitimidade democrática de cortes constitucionais.

Com fundamentos distintos, essas teorias normativas sugerem o uso de ferramentas institucionais para não decidir. A recomendação institucional surgiu na teoria normativa de Bickel, sob o termo “virtudes passivas”. Foi recuperada e remodelada por Sunstein, com finalidades adicionais, sob termo “minimalismo judicial”. Essas teorias normativas serão discutidas, respectivamente, nos tópicos 7.1 e 7.2.

Noções similares a respeito do contexto do julgamento surgem no constitucionalismo popular mediado de Friedman. Nas teorias normativas que concebem cortes como instâncias deliberativas, essas noções surgem sob o termo “considerações institucionais”, para Ferejohn e Pasquino, e “ingredientes esotéricos”, para Mendes. Essas noções mais contemporâneas do uso de ferramentas para não decidir em razão do capital político ou do contexto político e social serão abordadas no tópico 7.3.

Para todas essas teorias normativas, o controle sobre quando julgar importa. Para que ele ocorra, é necessária a existência de ferramentas institucionais que viabilizem a decisão por não decidir. A principal ferramenta institucional para não decidir, para as teorias construídas a partir da realidade da Suprema Corte Americana, seria o controle do acervo por meio da negativa de jurisdição²⁷¹. Ela não é, contudo, a única, como será discutido a seguir.

²⁷⁰ Utilizo o termo na acepção de Barry Friedman, ao se referir a considerações relacionadas ao ambiente político em que os juízes constitucionais atuam e limitações desta natureza que ele inevitavelmente enfrentam (FRIEDMAN, Barry, *The Politics of Judicial Review*, **Texas Law Review**, v. 84, p. 257, 2005.)

²⁷¹ A jurisdição da Suprema Corte Americana é discricionária, isto é, juízes possuem a capacidade de selecionar quais casos vão decidir e negar jurisdição a todos os demais. O fazem quando apreciam o *writ of certiorari*. O acervo da corte é selecionado a cada ano judiciário, e a decisão de *certiorari* é tomada pela

7.1. A deferência procedimental e as virtudes passivas

Para Bickel, a raiz de legitimidade de cortes constitucionais seria o fornecimento de razões com base em princípios²⁷². Para ser capaz de exercer o controle de constitucionalidade de modo legítimo, sem ver-se obrigada a comprometer as razões fornecidas em nome de interesses políticos momentâneos, a corte constitucional deveria utilizar ferramentas para deixar de decidir. A prática da democracia exigiria, por vezes, acomodações incompatíveis com a rigidez dos princípios. Uma corte constitucional deveria ter prudência para avaliar e adequar-se ao contexto político da decisão sem que, com isso, tivesse de abdicar do elemento que é nuclear para sua legitimidade²⁷³ – o fornecimento de razões com base em princípios-.

Esse impasse, que o autor denomina tensão lincolniana, seria solucionado por meio da utilização de ferramentas presentes no desenho institucional para evitar decisões. Ao fazê-lo, a corte conseguiria manter-se em um equilíbrio. Não teria que decidir pela constitucionalidade, e com isso, legitimar um ato não necessariamente compatível com a Constituição. Mas também não teria que decidir pela inconstitucionalidade em um contexto inadequado, correndo o risco de retaliações ou de ineficácia da decisão²⁷⁴.

Essas ferramentas para não decidir, denominadas virtudes passivas, seriam uma forma de permitir que as cortes constitucionais conseguissem proferir decisões adequadas com base em princípios. Por meio do uso dessas ferramentas para não decidir, seria possível atingir um balanço entre princípios (*principle*) e conveniência (*expediency*) sem que, para isso, fosse necessário proferir uma decisão que legitima uma lei contrária a determinado princípio ou que flexibiliza substancialmente a interpretação do princípio para acomodá-lo às pressões da conveniência. Adiar o enfrentamento da questão permitiria que a interpretação fosse realizada após adequado amadurecimento das questões envolvendo o princípio, e, além disso, garantiria a eficácia da decisão.

maioria dos ministros, sem qualquer fundamentação. (para aprofundamento dessas distinções institucionais entre a Suprema Corte Americana e o STF, cf. infra, cap. 1)

²⁷² Esse aspecto central de sua teoria normativa já foi discutido na seção 4.1.

²⁷³ BICKEL, Alexander M., **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**, New Haven: Yale University Press, 1986., pp.68-69; p.133, p.203. Bickel alerta, contudo, que “This is not to concede unchanneled, undirected, uncharted discretion. It is not to concede decision proceeding from impulse, hunch, sentiment, predilection, inarticulate and unreasoned. The antithesis of principle in an institution is not whim or even expediency, but prudence”).

²⁷⁴ Ibid., p.140.

Bickel analisa o desenho institucional e a prática da Suprema Corte Americana para exemplificar ferramentas presentes naquele desenho que permitem a postergação da decisão sem entrar nas razões de mérito. O adiamento de decisões poderia ocorrer de dois modos: (i) negativa de jurisdição a um caso, ou (ii) esgotamento do caso na fase de admissibilidade, por questões processuais.

A negativa de jurisdição ocorreria por meio da denegação de *certiorari*, que consiste em um filtro de relevância, discricionário e não motivado²⁷⁵. Já a inadmissibilidade por questões processuais ocorreria por meio das doutrinas de (a) ausência de interesse processual (*standing*), e (b) de ausência de amadurecimento da controvérsia concreta (*ripeness*).

Ambas as doutrinas surgiram da prática consolidada da Suprema Corte Americana, e refletem a opção da corte por excluir de sua jurisdição qualquer espécie de opinião consultiva. A ausência de interesse processual seria reconhecida em situações nas quais entende-se inexistir uma lesão a direito concreta no caso. Já o conceito de amadurecimento da controvérsia divide-se entre amadurecimento do caso e amadurecimento do litígio. O amadurecimento do caso relaciona-se ao surgimento, no curso do tempo, de distintos casos envolvendo consequências da legislação questionada. Um caso maduro permite a identificação das distintas implicações da legislação impugnada. O amadurecimento do litígio, por sua vez, confunde-se com a doutrina da questão política (*political question*), e se relaciona ao contexto temporal (*timing*) da adjudicação, considerando a relação entre a corte e outros poderes, bem como a capacidade de que a decisão influencie a opinião pública e as instituições políticas.

Competiria às instituições políticas sujeitas ao crivo eleitoral indicar à corte quais são as acomodações no contexto temporal dos julgamentos exigidas pelo juízo de conveniência política (*expediency*). A Corte só deveria se negar a atender a essa exigência se isso significasse a abdicação de princípios. Em todas as outras circunstâncias, poderia (e deveria) atender a essas pressões por meio do uso das virtudes passivas, postergando

²⁷⁵ Cabe a ressalva de que a teoria normativa de Bickel foi desenvolvida em um contexto no qual a discricionariedade da jurisdição da Suprema Corte Americana ainda não havia sido plenamente aperfeiçoada. A jurisdição discricionária nasceu em 1891, e legislação de 1925 expandiu significativamente as categorias de casos aptos à jurisdição discricionária. Mas foi apenas a legislação de 1988 que praticamente eliminou toda a jurisdição mandatória na Suprema Corte Americana. (HARTNETT, Edward A., Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years after the Judges' Bill, *Columbia Law Review*, v. 100, n. 7, p. 1643–1738, 2000.). Ainda assim, reputo que a amplitude do instituto no contexto em que o autor desenvolveu sua teoria não afeta suas recomendações normativas. A natureza do instituto conhecido por Bickel é a mesma: uma ferramenta do desenho institucional que atribui à corte o potencial de negar discricionariamente jurisdição a determinados casos. A diferença é que o poder aumentou, pois foi expandido para praticamente todos os casos apreciados pela corte.

um julgamento. É por isso que o uso dessas ferramentas também alimentaria a cooperação entre poderes, no que Bickel denomina um “colóquio contínuo” entre instituições políticas²⁷⁶.

A decisão que nega a apreciação a um caso não precisa ser motivada. O próprio autor reconhece que essa decisão não envolve questões de princípio e, logo, não estaria atrelada à sua rigidez²⁷⁷. Se é assim, também não seria essencial apresentar razões. Além disso, exemplos de ferramentas trazidos por Bickel não incluem a possibilidade de justificar a razão política que levou à decisão por não decidir. É verdade, contudo, que Bickel não veda expressamente desenhos institucionais que incluam a possibilidade de motivação da decisão que nega jurisdição a um caso.

Não há elementos suficientes para inferir se a decisão precisa ser necessariamente colegiada. O desenho institucional que ilustra sua teria envolve um engajamento colegiado, mas sem troca de razões. É, por isso, um procedimento agregativo que tão somente contabiliza votos.

A decisão pela negativa de jurisdição (*writ of certiorari*) na Suprema Corte Americana, principal exemplo de ferramenta para não decidir, não demanda uma troca colegiada de razões e muito menos a existência de consenso no juízo de valor a respeito de qual o tempo mais propício para decidir. O procedimento decisório sobre o tempo dos julgamentos na Suprema Corte Americana é agregativo, pois soma votos pela concessão ou negativa de jurisdição²⁷⁸. Nessa decisão, os votos são tomados individualmente, e

²⁷⁶BICKEL, Alexander M., **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**, New Haven: Yale University Press, 1986, pp.156; p.251-254. Em razão desta noção de colóquio contínuo, também Bickel é classificado como um teórico do diálogo que enxerga cortes constitucionais como interlocutoras com outros poderes. Ainda assim, trata-se de uma noção bem mais rudimentar de diálogo, vista como uma relação decisão-implementação.

²⁷⁷PETERS, Christopher; DEVINS, Neil. Alexander Bickel and the new judicial minimalism, *in*: **Judiciary and American Democracy, The: Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory**, Albany: SUNY Press, 2012., p.132 “It follows that the techniques and allied devices for staying the Courts hand, as it avowedly true at least for certiorari, cannot themselves be principled in the sense in which we have a right to expect adjudications on the merits to be principled. They mark the point at which the Court gives the electoral institutions their head and itself stays out of politics, and there is nothing paradoxical in finding that here is where the Court is most a political animal.”

²⁷⁸ Na Suprema Corte americana, a admissibilidade dos feitos merecedores de controle de constitucionalidade pelo tribunal parte de um juízo de relevância, como determina a Rule 10 do regulamento interno da Corte. A admissibilidade é determinada em um procedimento decisório no qual os ministros selecionam os casos a serem apreciados pela corte, dentre os casos indicados na lista de discussão elaborada pelo Chief Justice e complementada pelos outros juizes. Os juizes, em seguida, votam individualmente pela admissibilidade de cada um dos casos. Se no mínimo 4 juizes votarem pela apreciação (ou se houver três votos favoráveis e um voto condicionado à presença de votos favoráveis, o qual é denominado “joint-3-vote”, o caso é admitido para a jurisdição da Corte. (cf. OWENS, Ryan J., The Separation of Powers and Supreme Court Agenda Setting, **American Journal of Political Science**, v. 54, n. 2, p. 412–427, 2010.p. 413). Cf. também infra, cap. 3, seção 2.

podem ocorrer antecipações de posicionamentos dos pares no mérito e votos estratégicos²⁷⁹.

O autor também não indica como viabilizar institucionalmente essa decisão sobre uso das virtudes passivas, na hipótese de uma corte colegiada. Em breve passagem, o Bickel questiona o quórum de 4 ministros para aceitar jurisdição de um caso, existente no desenho institucional da Suprema Corte Americana. O autor questiona a razão pela qual a decisão não é tomada pela maioria dos juízes (cinco), já que teria implicações para a análise ou não do mérito²⁸⁰. A crítica resume-se a breve passagem e não é aprofundada. Esse desconforto com o quórum para a apreciação do *writ of certiorari* não impede, contudo, que ela seja considerada uma das possíveis ferramentas institucionais para o exercício de virtudes passivas.

Não há sugestões expressas, portanto, a respeito do processo decisório que deve guiar a decisão sobre o uso de virtudes passivas. Bickel não prescreve um formato institucional ideal de realização das virtudes passivas. A menção ao desenho institucional é tão somente descritiva: o desenho da Suprema Corte Americana para ilustrar sua teoria normativa. Mas a ilustração permite duas demandas institucionais em sua teoria normativa. Em primeiro lugar, a existência de um desenho institucional ou prática que confira à corte o poder de postergar a decisão de casos, pois isso seria condição para o pleno exercício de sua legitimidade. Esse desenho institucional não pode, além disso, correr o risco de comprometer decisões de princípios.

Retomando a noção de virtudes passivas de Bickel, David Fontana defende que o controle sobre o acervo é um mecanismo essencial para a sobrevivência de cortes constitucionais²⁸¹, justamente porque permitiria um controle sobre o que e quando decidir, ou seja, do tempo dos julgamentos (*issue timing*). Este controle possibilitaria que a corte evitasse sucessivos confrontos com forças políticas, discussões polarizantes ou decisões para as quais a comunidade política e social não estivesse preparada. Assim, o controle do acervo funcionaria como um modo de proteger sua legitimidade e evitar

²⁷⁹ Diversas pesquisas na ciência política já se destinaram a avaliar o comportamento judicial e os possíveis critérios para a definição da agenda (cf, por exemplo, PERRY, Hersel W., **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**, Cambridge: Harvard University Press, 2009.; EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey A.; VICTOR, Jennifer Nicoll, Dynamic agenda-setting on the United States supreme court: An empirical assessment, **Harv. J. on Legis.**, v. 39, p. 395, 2002.; CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R., The discuss list: Agenda building in the Supreme Court, **Law and Society Review**, p. 807–836, 1990.)

²⁸⁰ BICKEL, Alexander M., **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**, New Haven: Yale University Press, 1986, p. 142.

²⁸¹ FONTANA, David, Docket Control and the success of constitutional courts, *in*: **Comparative constitutional law**, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

indisposições ou confrontos com forças políticas em momentos nos quais o tribunal não tivesse respaldo político para decidir.

Para Bickel, essas ferramentas para não decidir deveriam ser utilizadas antes do momento de tomada de decisão. O melhor a se fazer em uma situação de conflito entre conveniência e princípios – quando a sociedade não está preparada para decisão que deveria ser proferida – seria evitar decidir. Caso opte por enfrentar a questão, isso deveria ocorrer com base em princípios e em sua integralidade.

Isso aponta para duas características do tipo de deferência defendida por Bickel. Seu propósito não é dar espaço para que o legislativo decida sobre o tema, mas sim para o amadurecimento da questão de modo a permitir que a decisão seja proferida com base em princípios e em sua integralidade²⁸². Ele é, deste modo, juriscêntrico, pois acredita que todo tipo de questão pode ser enfrentado por cortes constitucionais. Não há questões exclusivas do legislativo, e não há questões fora do escopo de atuação da corte. Ele defende, além disso, uma deferência procedimental, e não substantiva, porque o conteúdo da decisão não admite flexibilizações²⁸³.

É por isso que a teoria de Bickel distingue-se da noção de minimalismo judicial. Há diferenças quanto ao fundamento para não decidir, quanto às circunstâncias nas quais a deferência seria recomendável, e quanto a seus limites. O minimalismo judicial de Sunstein será discutido na seção a seguir.

7.2. A deferência substantiva e o minimalismo judicial

O manejo da agenda e do tempo dos julgamentos também pode ser defendido como forma de permitir que o legislativo decida. Sunstein argumenta pela existência de uma conexão entre o padrão de tomada de decisão que ele denomina "minimalismo judicial" e a democracia (*democratic self-government*). O minimalismo judicial consistiria em uma forma de tomada de decisão que deixaria elementos em aberto com o intuito de diminuir os custos da decisão.

²⁸²BICKEL, Alexander M., **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**, New Haven: Yale University Press, 1986, pp.128-129, p.131. Bickel afirma que aqueles que pensam assim subestimam as consequências de uma decisão da corte que referenda, e, com isso, valida e legitima uma decisão do legislativo.

²⁸³ PETERS, Christopher; DEVINS, Neil. Alexander Bickel and the new judicial minimalism, *in: Judiciary and American Democracy, The: Alexander Bickel, the Counter-majoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory*, Albany: SUNY Press, 2012.

Para o autor, juízes não possuem capacidade cognitiva de antever todos os possíveis efeitos de suas decisões, e não estão blindados contra erros²⁸⁴. As cortes constitucionais decidem a respeito da validade de leis que fazem parte de um sistema complexo, sem informações necessárias para avaliar os efeitos sistêmicos de suas decisões. Isso seria especialmente verdade em casos nos quais há controverso desacordo moral na sociedade²⁸⁵.

A opção pelo minimalismo judicial deveria depender do contexto e das circunstâncias subjacentes ao caso. Ele seria recomendável quando as circunstâncias subjacentes ao caso indicassem (i) a ausência de consenso na maioria da corte a respeito de elementos específicos, (ii) a incerteza a respeito de determinados valores sociais, (iii) a existência de circunstâncias sociais em intensa modificação; (iv) a ausência de informações relevantes à decisão e o conseqüente risco de que casos concretos futuros provem que a solução adotada foi errônea, (v) a percepção de que a decisão competiria à arena decisória da política, (vi) o risco de que a decisão seja contraproducente e tão somente estimule a organização de uma oposição política²⁸⁶.

Quando presentes essas circunstâncias, as cortes constitucionais deveriam negar jurisdição ao caso ou decidir tão somente o mínimo necessário. Ao adotar essa espécie de deferência, cortes constitucionais reconheceriam que não têm condições de decidir algumas questões.

O autor ressalva que decisões minimalistas não têm o condão de promover, por natureza, processos democráticos. Mas parece recomendar que o recurso às decisões minimalistas seja regra geral. O minimalismo judicial só não poderia ser aplicado quando o caso não colocasse em risco as condições procedimentais da democracia ou quando não estivessem presentes qualquer uma das seis circunstâncias acima listadas.

Para o autor, uma postura minimalista teria o condão de promover processos democráticos e faria com que a corte funcionasse como um catalisador da deliberação

²⁸⁴ SUNSTEIN, Cass R., **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**, Cambridge, Mass. London: Harvard University Press, 2001, p.47-55;

²⁸⁵ SUNSTEIN, Cass R., Incompletely Theorized Agreements, **Harvard Law Review**, v. 108, n. 7, p. 1733-1772, 1995, p.1752

²⁸⁶ SUNSTEIN, Cass R., **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**, Cambridge, Mass. London: Harvard University Press, 2001.p. 5; 53-57. As listagens de circunstâncias nas quais o minimalismo judicial seria recomendável variam no decorrer do livro. Por vezes, o autor aparenta utilizar a ausência de informações suficientes na corte como medida para avaliar quando o legislativo seria legítimo para decidir. Em outras circunstâncias, o autor parece adotar a premissa de que isso ocorreria em todos os casos nos quais existe intensa controvérsia moral.

democrática²⁸⁷. O minimalismo judicial, nesses casos, diminuiria o risco de erros e promoveria controlabilidade política (*accountability*).

Dois elementos distinguem o minimalismo judicial de Sunstein das virtudes passivas de Bickel: (i) a defesa da deferência substantiva, e (ii) a crença de que algumas discussões são monopólio da arena legislativa.

Sunstein não defende apenas as ferramentas de negativa de *certiorari* e de inadmissibilidade por questões procedimentais. O autor também suscita a possibilidade de que os juízes decidam o mérito da questão, mas apenas o mínimo. Trata-se da deferência substantiva, que consistiria em proferir uma decisão de mérito incompleta, deixando espaço para a continuidade da reflexão democrática. O minimalismo envolveria, assim, as práticas de *narrowness* (decidir tão somente o essencial de casos ao invés de estabelecer regras abstratas) e *shallowness* (evitar questões básicas e gerais de princípio)²⁸⁸. Essa consiste na noção de deferência substantiva, que se contrapõe à deferência procedimental discutida na seção 7.1²⁸⁹.

A segunda diferença nuclear consiste na premissa de que algumas questões não são próprias do judiciário. Em casos nos quais o judiciário não tem condições ou informações para decidir, o legislativo é, por natureza, a arena com o pedigree democrático para decidir.

Assim como Bickel, Sunstein também não prescreve um processo decisório ideal para decidir sobre adotar ou não o minimalismo judicial. Mas as diferenças teóricas entre Bickel e Sunstein são importantes em termos de desenho institucional. Partindo da premissa de Sunstein, não seria essencial que o desenho institucional estabelecesse mecanismos para não decidir. Caso virtudes passivas não existissem, a corte ainda poderia restringir o conteúdo da decisão, isto é, decidir o mínimo possível. Para Bickel, é indispensável que a corte tenha o poder de deixar de apreciar um caso, sem entrar em seu conteúdo²⁹⁰.

²⁸⁷ Cabe pontuar que a posição do autor é contraditória. Ao mesmo tempo em que parte da premissa deliberativistas – segundo a qual o papel da corte seria estimular o debate público –, defende que algumas questões seriam reservadas a arenas “verdadeiramente democráticas”. O argumento não é impossível, mas a conexão entre esses dois elementos é realizada de modo muito frágil e pouco desenvolvido.

²⁸⁸ SUNSTEIN, Cass R., *Incompletely Theorized Agreements*, **Harvard Law Review**, v. 108, n. 7, p. 1733–1772, 1995.p.16 Isso significa que Sunstein não parte da premissa da rigidez dos princípios e, com isso, admite compromissos no mérito da questão

²⁸⁹ PETERS, Christopher; DEVINS, Neil. *Alexander Bickel and the new judicial minimalism*, in: **Judiciary and American Democracy, The: Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory**, Albany: SUNY Press, 2012.

²⁹⁰BICKEL, Alexander M., **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**, New Haven: Yale University Press, 1986, p.201. O tema já foi discutido na seção 4.2. Enquanto a opinião

A teoria normativa de Sunstein também não parece ter problemas com sucessivas negativas de jurisdição de um caso, a depender de sua temática. Se a corte julga que a decisão de determinada questão compete à arena decisória da política, não parece haver problema em negar jurisdição a casos similares sucessivas vezes, de modo a jamais apreciar a questão constitucional. Já para Bickel, inexistem casos impróprios à arena judicial. A negativa de jurisdição seria uma forma de adiar a decisão para momento oportuno. Contudo, não seria admissível que a corte jamais enfrentasse a questão. Caso existente uma controvérsia constitucional, ela deveria ser, em algum momento, apreciada.

7.3. Contexto do julgamento, opinião pública e deliberação

O contexto do julgamento também é reputado relevante para teorias do diálogo. As teorias descritas nesta seção têm em comum a premissa de que não há matéria, por natureza, relegada ao legislativo. Isso as diferencia de Sunstein, discutida na seção 7.1. Também não há propriamente um elemento qualitativo que diferencie as razões trazidas pela corte constitucional das razões presentes na arena da política. Isso as diferencia da teoria normativa de Bickel, discutida na seção 7.1. Ainda assim, a partir da premissa do diálogo, essas teorias defendem a importância da política judicial e do contexto do julgamento.

Assim como Sunstein, Friedman também parece constatar a possibilidade de que a corte faça ajustes substantivos no conteúdo da decisão para adequar as suas opiniões à vontade do povo. Mas o autor distingue a vontade do povo de interesses políticos imediatos²⁹¹.

Para além dos ajustes substantivos, estratégias de dosagem da saliência dos casos e da agenda de julgamentos colaborariam para ampliar o apoio difuso da corte constitucional²⁹². O desenho do calendário de funcionamento da corte em um restrito intervalo temporal possibilitaria que decisões mais controversas fossem proferidas no

imediate do público é transitória, a vontade do povo é permanente. É o que está no âmago da comunidade política e ainda a sustenta.

²⁹¹FRIEDMAN, Barry, **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, pp.381-385.

²⁹² O autor faz referência ao conceito de Easton, que opõe o apoio específico ao apoio difuso. Enquanto o apoio específico ocorreria por meio da concordância da opinião popular com políticas específicas, o apoio difuso consistiria na boa-fé diante da atividade da instituição, respeitando suas decisões ainda que discordem do resultado.(FRIEDMAN, Barry, **Mediated Popular Constitutionalism**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2003., pp. 2612-2613)

final do período de funcionamento, diminuindo o alcance da mídia²⁹³. O controle da saliência, por sua vez, ocorreria por meio da decisão de temas importantes em casos com baixo apelo à opinião pública (*low profile*) e, com isso, fora dos holofotes.

A Suprema Corte Americana funciona entre os meses de outubro e junho, e possui três tipos de sessões de julgamento: seções abertas nas quais há sustentações orais, seções abertas nas quais a corte informa decisões oralmente e, por fim, conferências nas quais os juízes deliberam entre si. Há uma média de três conferências fechadas por mês, alocadas, em geral, às quintas-feiras. Já a distribuição das seções destinadas à divulgação oral das decisões é mais irregular e, de fato, concentrada nos últimos dois meses do ano judiciário²⁹⁴. Além disso, a Suprema Corte Americana só tem jurisdição para controvérsias concretas, isto é, controle incidental de constitucionalidade, o que explica a recomendação de seleção de casos de fundo pouco salientes.

Friedman também não faz prescrições sobre o processo decisório a respeito da elaboração de calendário de julgamento ou seleção de casos. O argumento não é desenvolvido para além deste elemento descritivo. Ainda assim, a sensibilidade à opinião pública é central à teoria normativa de constitucionalismo popular mediado. Isso permitiria a conclusão de que ela não é oposta ao arranjo institucional que contém ferramentas para controlar o tempo dos julgamentos.

Conrado Hübner Mendes²⁹⁵ também concebe a importância do contexto para a legitimidade do controle de constitucionalidade que, em sua teoria, está atrelada à performance deliberativa²⁹⁶. Para o autor, o sucesso de cortes constitucionais na promoção do diálogo não dependeria apenas da existência de juízes abertos a deliberar (existência da virtude ética da colegialidade) e da existência de um desenho institucional que favoreça a deliberação. A maximização do potencial deliberativo também dependeria

²⁹³ *Ibid.* p.2628

²⁹⁴ O calendário de julgamentos da Suprema Corte Americana está disponível em: https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/calendarsandlists.aspx. A descrição da destinação de cada sessão de julgamento, em <https://www.supremecourt.gov/legendkeyinfo.aspx>. A informação a respeito da alocação das conferências foi obtida a partir do parâmetro do ano-base 2018-2019. O referido calendário indica que, entre outubro e março, há uma média de uma sessão destinada à divulgação de decisões por mês. Já em maio e junho, dois últimos meses do ano judiciário, este número salta para três a quatro.

²⁹⁵ MENDES, Conrado, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013), Cap.10, pp.201-205.

²⁹⁶ As premissas da teoria normativa do autor serão detalhadas na próxima seção (cf. infra seção 8).

do pano de fundo jurídico (caráter exotérico)²⁹⁷ e do contexto político da decisão (ingredientes esotéricos)²⁹⁸.

As ferramentas para deixar de decidir envolvem considerações que podem ser incluídas no domínio dos ingredientes esotéricos. Importa, para o autor, que a corte saiba quando deliberar, e isso depende de considerações sobre política judicial. Uma Corte deliberativa deveria ter tato para mensurar seu capital político, perceber quando é o momento político de decidir e quando deve aguardar ou dosar a força de sua decisão. Caberia à corte ter habilidade política para blindar-se de eventuais retaliações às suas decisões, proteger sua independência e, ao mesmo tempo, explorar ao máximo seu potencial deliberativo. Saber quando deliberar tem implicações para a capacidade de estimular o diálogo.

O autor vislumbra um leque de ferramentas não exaustivo para a consideração do contexto político da deliberação. Dentre essas estratégias está inserida a consideração sobre o tempo do julgamento ²⁹⁹.

O tempo do julgamento inclui a escolha a respeito da agenda de julgamento, bem como de sua duração. A decisão sobre quando decidir deve levar em consideração o melhor contexto para decidir. Essa decisão deve partir da premissa de que uma instituição deliberativa responde em tempo adequado, nem muito cedo, nem muito tarde.

Mendes é o único autor que distingue os conceitos de controle do acervo e controle da agenda de julgamentos. Enquanto o controle do acervo consistiria na decisão sobre o que será julgado, o controle da agenda consistiria na decisão sobre quando julgar. A definição do acervo envolveria os filtros qualitativos e quantitativos. Ela passaria pela seleção de quais casos julgar, com consequências para a dimensão do acervo. A definição da agenda, por sua vez, estaria diretamente relacionada ao controle do tempo dos

²⁹⁷ A moldura argumentativa exotérica consiste no pano de fundo jurídico que molda as razões públicas que justificarão a decisão da corte, e o modo como essa pano de fundo é endereçado. Uma corte deliberativa reconheceria a qualidade moral da linguagem constitucional, elaboraria uma teoria de precedentes coerente, desempenharia uma função de coordenação com relação a cortes constitucionais inferiores, conceberia seu papel como participante permanente em um diálogo inter-institucional, e levaria em consideração soluções que outros países deram a problemas constitucionais similares (Cf. MENDES, Conrado, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.177)

²⁹⁸ *Ibid.*, pp.198-208.

²⁹⁹ *Ibid.*, p.159-160;198. Ao lado do tempo do julgamento, a corte também pode se valer de outras estratégias mais substanciais como o estilo do julgamento (amplitude, profundidade e tom das decisões), as mensagens simbólicas no teor da decisão, a dosagem do nível de intrusão em outros poderes e a dosagem do grau de desvio da opinião pública

julgamentos. Em alguns desenhos institucionais, a escolha sobre o tempo dos julgamentos decorre da escolha sobre o acervo, mas nem sempre é esse o caso³⁰⁰.

Ferejohn e Pasquino fazem menção, ao discorrer sobre a tensão entre democracia e legalidade, ao que denominam considerações institucionais. O conceito e suas implicações para a teoria normativa não são desenvolvidos. Mas os autores parecem fazer menção a uma cautela ao decidir, levando em consideração o capital político disponível para a corte. De acordo com os autores, a fonte de autoridade dos juízes é essencialmente a legalidade, o que traz a tendência de interpretações expansivas com a intenção de ampliar sua própria autoridade. Contudo, essa empreitada de expansão da interpretação (e, logo, de sua autoridade) deve ser temperada pelo que ele denomina considerações institucionais. Elas teriam como objetivo a autopreservação da corte contra riscos de retaliações ou de diminuição de seu poder por parte de representantes eleitos³⁰¹.

8. Mecanismos facilitadores da deliberação

A última recomendação institucional mapeada consiste na existência de mecanismos facilitadores na deliberação. Essa recomendação está presente nas teorias que concebem cortes constitucionais como instâncias deliberativas, mais exigentes em termos institucionais. Para além de ter um engajamento colegiado do qual resultam razões que mediam um debate público, a própria corte deve deliberar. O desenho institucional pode colaborar para que essa deliberação ocorra.

Para essas teorias, a legitimidade democrática seria uma questão de grau, e não de extremos, e dependeria de sua performance no exercício da deliberação. O desenho institucional teria o papel de facilitar a deliberação, criando incentivos para ela ocorra³⁰².

Cada qual dos autores, porém, concebe esses elementos institucionais com suas particularidades³⁰³. Ferejohn e Pasquino parecem enxergar somente dois potenciais

³⁰⁰ *Ibid.*, p.159-161.

³⁰¹ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale, Rule of democracy and rule of law, **Democracy and the Rule of Law**, v. 5, p. 242, 2003, em especial pp.257-258.

³⁰² Em verdade, cabe reiterar a ressalva de que a deliberação não depende apenas do desenho institucional. Para que ela ocorra, os juízes precisam estar dispostos a trocar razões de modo sincero, persuadir e deixar-se serem persuadidos— o que consiste na virtude ética da colegialidade. Deliberar também depende do contexto jurídico e político da decisão, como visto na seção anterior (cf. *infra*, seção 7).

³⁰³ Para Ferejohn e Pasquino, a deliberação interna seria um veículo da deliberação externa. O debate e persuasão mútua seriam condição para o processo mais amplo de tomada de decisão pública, que envolve todos os cidadãos. Ao mesmo tempo, haveria um trade-off entre a perseguição institucional da deliberação interna e da deliberação externa. FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale, Constitutional Adjudication: Lessons from Europe Symposium: Comparative Avenues in Constitutional Law - Constitutional Structures and Institutional Designs, **Texas Law Review**, v. 82, n. 7, p. 1671–1704, 2003, p.1697

blocos de arranjos institucionais, respectivamente, no modelo europeu e no modelo americano de controle de constitucionalidade. Esses sistemas teriam diferenças no que dizem respeito às regras que regem o ingresso na corte, o processo decisório e a interlocução com a mídia e a sociedade.

No sistema europeu, o quórum de maioria qualificada para referendo da nomeação de juízes tornaria mais difícil uma indicação partidarizada. O mandato fixo estimularia a alternância e, com isso, indicações por presidentes de matizes ideológicas distintas. A ausência de manifestações individuais perante a imprensa fortaleceria a noção de uma instituição una e coesa. Esses elementos diminuiriam a divisão ideológica na corte. Ao lado deles, a necessidade de redigir uma única opinião incentivaria um ambiente propício à persuasão.

Em contrapartida, o sistema americano seria caracterizado por uma maior abertura da corte à sociedade, com manifestações individualizadas de juízes perante a mídia. A construção do documento escrito que reflete o julgamento admite a juntada de votos divergentes e concorrentes, o mandato é vitalício e as nomeações são referendadas por maioria simples. A maior abertura à sociedade estimularia a deliberação externa, mas seria muito prejudicial à deliberação interna por aumentar a divisão ideológica na corte, além de desincentivar a persuasão. Por isso, os autores afirmam existir um inevitável trade-off entre deliberação interna e externa, e o desafio seria encontrar um desenho institucional que possibilitasse um meio termo entre elas.

Conrado Hübner Mendes sugere um modelo alternativo. No lugar das noções de deliberação interna e externa, propõe considerar a deliberação como um só fenômeno, que envolve diversos atores dentro e fora da corte³⁰⁴. A deliberação seria subdividida em três etapas (pré-decisional, decisional e pós-decisional)³⁰⁵. Em cada uma dessas etapas, elementos do desenho institucional poderiam favorecer distintas qualidades e, com isso, facilitar ou prejudicar a deliberação.

³⁰⁴MENDES, Conrado, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.95. De acordo com o autor, não há garantias de que a deliberação leve a resultados mais corretos ou seja capaz, por si só, de promover o diálogo externamente à corte, porque isso depende de outros fatores – o pano de fundo político e jurídico da decisão –. Além disso, a distinção passaria a impressão da existência de um trade-off inexistente entre mecanismos institucionais que estimulam a deliberação interna e mecanismos institucionais que promovem a deliberação externa.

³⁰⁵ Com essa premissa, sugere um modelo de avaliação da performance deliberativa em três níveis: núcleo da deliberação (isto é, o efetivo comportamento deliberativo observável), facilitadores (desenho institucional) e moldura (o pano de fundo político e jurídico da decisão). O sucesso na deliberação dependeria desses três pilares, cada qual condição necessária porém não suficiente para uma boa performance deliberativa.

No nível macro, a ausência de eleições, a estrutura colegiada e a inércia favoreceriam a deliberação. Nos nível micro, o autor inspira-se em sua tipologia das fases do núcleo da deliberação para distinguir quatro tipos de ferramentas presentes no desenho, a partir do momento da influência. Elas consistiriam em (i) ferramentas constitutivas, relacionadas a elementos estruturais previamente determinados; e ferramentas que operam, respectivamente, nas fases (ii) pré-decisional, (iii) decisional e (iv) pós-decisional. .

Dentre os elementos constitutivos do desenho institucional com implicações para a deliberação encontram-se o *locus* institucional (jurisdição especializada ou não especializada), o número de tomadores de decisão (entre poucos ou muito poucos), as características dos tomadores de decisão (pluralidade ou homogeneidade), as regras de referendo da nomeação (partidária ou consensual), e o mandato (vitalício ou temporário).

A fase pré-decisional seria influenciada pelas regras de formação do acervo (discricionário ou mandatário), as características dos interlocutores, a forma, procedimento e estilo da interação. A fase decisional sofreria influência do grau de publicidade das sessões, do modo de interação (formal ou informal, escrito ou oral), bem como do protocolo de votação. Por fim, a fase pós-decisional seria influenciada pelo grau de demonstração pública da divisão interna (decisões *per curiam* ou *seriatim*), o modo de redação da decisão (processos mais ou menos interativos) , e a forma de comunicação com atores externos³⁰⁶.

As categorias descritas no modelo de Mendes, acima sintetizadas, apontam para alternativas institucionais, e para o modo como cada uma dessas alternativas pode afetar a performance deliberativa ao priorizar determinado valor em detrimento de outro. Em boa parte dos casos, contudo, as alternativas institucionais priorizam valores igualmente desejáveis. É o caso da oposição de uniformidade e consenso contra abertura e pluralidade; diversidade contra uma limitação natural na quantidade máxima de tomadores de decisão, de modo a não inviabilizar a deliberação; previsibilidade dos julgamentos contra flexibilidade para definição da agenda; um julgamento rápido demais contra um julgamento muito demorado. O grande desafio é balancear a valorização de qualidades igualmente relevantes para a maximização da performance deliberativa. É por isso que, também na teoria normativa de Mendes, a descrição das alternativas institucionais parece ser repleta de trade-offs.

³⁰⁶ MENDES, Conrado, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013., p.145-175.

Virgílio Afonso da Silva parte do instrumental teórico da deliberação para avaliar o desenho institucional do Supremo Tribunal Federal. O autor parte da premissa de que cortes constitucionais devem ser instâncias deliberativas, bem como da tipologia que diferencia dois grandes modelos de controle de constitucionalidade – europeu e americano . Após propor aprimoramentos na distinção entre ambos os modelos, o autor avalia o desenho institucional do STF. Ele conclui que o modelo brasileiro poderia ser considerado um extremo de deliberação externa, em razão da ausência de trocas de argumentos entre os ministros, da inexistência de unidade institucional e decisória, além da ausência de decisões objetivas que veiculem a opinião do tribunal³⁰⁷.

Ao aprofundar a análise, identifica alguns elementos institucionais que seriam deletérios à performance deliberativa do tribunal³⁰⁸. Uma série de características institucionais criariam desincentivos para a troca sincera de razões entre juízes, como a ausência de divulgação antecipada do voto do relator, a forma sequencial de comunicação, o televisionamento das sessões plenárias, a leitura de votos prontos e a possibilidade de interromper a deliberação em sessões plenárias. Além disso, o costume de levar votos prontos à sessão de julgamento, o comportamento dos juízes, que procuram estar na posição vencedora a todo custo, bem como a ausência de uma interação verdadeiramente voltada ao consenso, também denotariam a ausência de colegialidade, o que também seria deletério à performance deliberativa.

9. Conclusão

A descrição realizada neste capítulo revela que teorias normativas raramente explicitam recomendações institucionais. Isso não impediu, contudo, um mapeamento de recomendações institucionais a partir da reconstrução do raciocínio das teorias normativas de modo a identificar suas respectivas premissas institucionais.

Esse pode ser um útil ponto de partida para uma avaliação de desenho institucional em pequena escala, bem como para um estudo comparado de desenhos institucionais a partir de sua legitimidade democrática. A primeira lição, contudo, é que os elementos institucionais das teorias normativas mapeadas têm poucas premissas institucionais. Em sua grande maioria, essas premissas limitam-se ao campo das macro-escolhas

³⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso, O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública, *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197–227, 2009, em especial pp.217-221.

³⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso, Deciding without deliberating, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013.

institucionais. Quando presente nas teorias, o desenho é, em geral, relegado a um segundo plano, por vezes como pressuposto fático, por outras como premissa implícita.

Dentre as teorias que desconfiam do controle de constitucionalidade, há aquelas que recomendam adequações institucionais para que o instituto seja compatível com a democracia. É o caso dos defensores do controle fraco de constitucionalidade, Dixon e Bustamante, bem como os defensores da limitação do escopo do controle de constitucionalidade a questões procedimentais, como Dahl e Ely. É possível, ainda, a combinação entre essas duas sugestões de limitações, como ocorre na teoria de Nino.

As teorias que têm por objeto a defesa do controle forte de constitucionalidade dependem de elementos institucionais que são, em sua maioria, praticamente constitutivos de uma corte – o funcionamento como pontos de veto, a estrutura colegiada, o dever de justificação e a independência judicial. Com um pouco mais de especificidade, há quem demande ferramentas institucionais para deixar de decidir e definir o contexto da decisão. Há, também, quem demande um desenho institucional que facilite a deliberação.

Permeia a descrição destes elementos, além disso, uma dificuldade teórica em perceber a variedade institucional para além de blocos fixos existentes em tipologias pré-determinadas e historicamente reproduzidas. É o caso das oposições entre controle forte ou fraco de constitucionalidade, ou entre o modelo de controle de constitucionalidade americano ou europeu.

Talvez essa extrema generalização ajude a explicar a dificuldade das teorias normativas em incluir considerações institucionais relativas ao processo decisório. Isso também pode dificultar estudos de direito comparado que analisem o grau de legitimidade do desenho institucional de distintas cortes constitucionais³⁰⁹.

No capítulo seguinte, conecto o desenho institucional que descrevi no capítulo 1 com as considerações normativas mapeadas no presente capítulo. O objetivo é avançar na reflexão do modo como os poderes de agenda contribuem para a construção da legitimidade de cortes constitucionais.

³⁰⁹ Voltarei a essa discussão no capítulo 4.

3. DECIDINDO (NÃO) DECIDIR: CONSEQUÊNCIAS NORMATIVAS DOS PODERES DE AGENDA

Este capítulo pretende avaliar o quão legítimo é o desenho institucional dos poderes de agenda do STF. Em razão das regras formais e informais que regulam o comportamento dos ministros no tribunal, os poderes de liberação para julgamento, inclusão de pauta e interrupção por pedido de vista podem ser utilizados para impedir o início ou a finalização de julgamentos. Essas ferramentas, que denominei poderes de agenda, têm condições de influenciar no contexto do julgamento e em seu resultado.

Esta dissertação mapeou as principais teorias presentes no debate que discute se é compatível com a democracia atribuir a juízes o poder de derrubar decisões do legislativo. Essas teorias tem pouca preocupação com o desenho institucional e com o processo decisório. Mas elas têm como premissa alguns elementos relativos à estrutura do tribunal. Esse foi o ponto de partida que permitiu, no capítulo 2, o mapeamento de elementos institucionais essenciais para que uma Corte Constitucional seja legítima.

As teorias normativas partem de distintas noções a respeito do papel de uma Corte Constitucional na democracia e a respeito da raiz de sua legitimidade. Isso é refletido em distintas recomendações institucionais. Há teorias normativas que, por verem com desconfiança o instituto do controle de constitucionalidade, sugerem limitações institucionais a seu escopo ou a seus efeitos³¹⁰. Já as teorias que admitem o controle forte de constitucionalidade podem exigir (ii) capacidade de vetar decisões de outros poderes³¹¹, (iii) dever de fundamentação³¹², (iv) estrutura colegiada³¹³, (v) insulamento da política³¹⁴, (vi) ferramentas para deixar de decidir³¹⁵, ou (vii) elementos facilitadores da deliberação³¹⁶.

O mapeamento do debate permite retornar ao desenho institucional do Supremo Tribunal Federal, avaliando se ele compromete algum desses requisitos. A teoria apresenta alguma justificativa para que Cortes Constitucionais tenham controle sobre a

³¹⁰ Dixon, Bustamante, Ely, Dahl e Nino (cf. supra, cap. 2, seção 2)

³¹¹ Fallon (cf. supra, cap. 2, seção 3).

³¹² A fundamentação das decisões pode ser exigida em razão da natureza dos argumentos trazidos na arena judicial, como fórum de princípios (Dworkin, Rawls, Bickel, cf. supra, cap. 2, seção 4.1) ou em razão do diálogo promovido por essas razões (Friedman, cf. supra, cap. 2, seção 4.2).

³¹³ Dworkin, Kumm, Bickel, Mendes, Ferejohn e Pasquino. A razão mais difundida para a defesa da estrutura colegiada é a probabilidade de atingir resultados melhores, mas o processo decisório pode afetar essa finalidade (Cf. supra, cap. 2, seções 5 c/c 8).

³¹⁴ Dworkin, Bickel e Mendes (cf. supra, cap. 6)

³¹⁵ Bickel, Sunstein, Friedman, Mendes e Ferejohn e Pasquino (cf. supra, cap. 2, seções 7.1 a 7.3)

³¹⁶ Cf. supra, cap. 2, seção 8.

agenda e o tempo de seus julgamentos? Caso o controle do tempo dos julgamentos seja virtuoso, o caráter individual dos poderes de liberação, pauta e vista permite que eles desempenhem esse papel e fruam dessas virtudes? Mesmo que eles sejam capazes de desempenhar esse papel, há algum efeito colateral, isto é, algum outro valor relevante é ferido em razão do modo como desenhados os poderes de agenda? Essas serão as questões respondidas no presente capítulo.

Como será indicado a seguir, o controle do tempo dos julgamentos é indiferente para boa parte das teorias normativas. Mas há algumas teorias normativas que partem de uma concepção mais sofisticada de política judicial. São as teorias segundo as quais a corte deve dosar o contexto dos julgamentos, por meio das chamadas ferramentas para não decidir³¹⁷. Para elas, o contexto importa e deve ser considerado no momento de tomada de decisão, sob pena de prejuízo ou mesmo frustração de componente relevante à legitimidade democrática da corte constitucional. Essas teorias apontam para potenciais virtudes no controle do tempo dos julgamentos. São elas: (i) permitir decisões corretas no momento oportuno, (ii) aguardar o posicionamento do legislativo, (iii) influenciar na recepção da decisão pela opinião pública ou (iv) maximizar a performance deliberativa.

Os poderes de agenda previstos no desenho institucional do STF podem ser utilizados como ferramentas para não decidir. O primeiro capítulo mostrou que as prerrogativas de liberação para julgamento pelo relator, definição da pauta pelo presidente e interrupção do julgamento por meio de pedido de vista podem ser utilizados para controlar o tempo dos julgamentos. Eles têm, por isso, o potencial de dosar o contexto político e social das decisões. O paralelismo entre controle da agenda e controle do tempo, mas as finalidades atingidas podem ser as mesmas.

Isso não significa que esses poderes sejam boas ferramentas para não decidir. Como mostrado no capítulo 1, o desenho institucional dos poderes de agenda dá aos ministros condições de adiar decisões para momento institucionalmente oportuno e oferecer sinalizações ao poder legislativo. Mas os poderes de liberação, pauta e vista são individuais e também conferem a ministros o potencial de influenciar na formação da maioria decisória, determinar o resultado do caso sem passar pelo colegiado, e até mesmo adiar indefinidamente um julgamento até que não faça mais sentido decidi-lo. As características e potenciais listados no capítulo 1 podem ser sintetizados em três principais características dos poderes de agenda.

³¹⁷ Bickel, Sunstein, Friedman, Mendes, Ferejohn e Pasquino (cf. *supra*, cap. 2, seção 7)

Em primeiro lugar, (i) eles são poderes individuais. O relator decide sozinho quando liberar um caso para julgamento; o presidente decide sozinho quando pautar, e cada um dos ministros decide sozinho se quer ou não pedir vista. Denomino essa característica “fragmentação em diversos atores”. As consequências máximas deste individualismo são a possibilidade de determinar individualmente o resultado ou de influenciar na formação da maioria decisória.

Em segundo lugar, (ii) é possível não apenas o adiar o início de um julgamento, mas também interrompê-lo por pedido de vista ou suspensão do julgamento. É o que denomino “fragmentação no tempo”. Por fim, (iii) um caso pode demorar muitos anos para ser decidido, e até mesmo perder objeto sem que jamais tenha sido apreciado. É o que denomino “ausência de limites institucionais à demora no julgamento”.

É preciso saber se essas características permitem que a liberação para julgamento, inclusão em pauta e interrupção por pedido de vista atinjam as vantagens que a teoria identifica no controle da agenda de julgamentos. Será que esses poderes individuais, fragmentados no tempo e ilimitados podem ser ferramentas eficazes para (i) permitir decisões corretas no momento oportuno, (ii) aguardar o posicionamento do legislativo, (iii) influenciar na recepção da decisão pela opinião pública ou (iv) maximizar a performance deliberativa?

Ainda que o desenho institucional seja capaz de atingir essas finalidades, isso não significa, por si só, que ele seja legítimo. Se a ideia é avaliar a legitimidade democrática desses instrumentos à luz de todas as teorias normativas, até mesmo aquelas que partem de concepções menos sofisticadas de política judicial, é necessário verificar suas consequências à luz de todos os elementos institucionais mapeados no capítulo 2. O funcionamento como ponto de veto, estrutura colegiada, independência judicial, e dever de fundamentação representam requisitos negativos: um desenho institucional destinado a viabilizar o controle do tempo dos julgamentos não pode ferir qualquer um desses outros elementos que também são essenciais.

É por isso que, neste capítulo, desenvolvo que denominei teste de legitimidade em duas etapas. É preciso não apenas avaliar se os poderes agenda no STF atingem as finalidades de ferramentas para não decidir – o que denomino teste de efetividade – como também se esse processo acarreta a violação de algum outro valor essencial para a legitimidade democrática – o que denomino teste de legitimidade.

O desenho institucional dos poderes de agenda é reprovado no teste de legitimidade em duas etapas. Como será indicado, características centrais dos poderes de liberação

para julgamento, inclusão em pauta e interrupção por pedido de vista levam a patologias que prejudicam a legitimidade democrática do tribunal.

Dou início ao capítulo descrevendo as teorias normativas para as quais o controle da agenda de julgamentos é, por si só, indiferente. Na seção 2, descrevo as potenciais virtudes do controle do tempo dos julgamentos. Até mesmo as teorias normativas que defendem as virtudes no controle do tempo são silentes a respeito de seu processo decisório, como será discutido na seção 3. Isso não impede uma avaliação preliminar de seu grau de legitimidade, realizada nas seções 4 a 6.

Na seção 4, detalho a descrição do teste de legitimidade em duas etapas e discorro sobre a peculiar situação de elementos do desenho que, para algumas teorias, reprovam na primeira etapa do teste, mas são aprovadas na segunda etapa. Isso não abona o desenho institucional e não o torna legítimo, mas tem implicações para propostas de alteração no desenho institucional.

Na seção 5, avalio se o desenho institucional o STF é capaz de atingir as virtudes que a teoria normativa aponta ao controle do tempo dos julgamentos. Em seguida, na seção 5, avalio se esse processo leva à violação de outros elementos tidos como essenciais à legitimidade democrática.

Finalizo abordando o desafio de estabelecer um limite entre a demora razoável, que atende às virtudes do controle da agenda, e a demora abusiva, que frustra o exercício do papel de uma corte constitucional na democracia. Na conclusão, reflito sobre possíveis caminhos de reformas institucionais destinadas a corrigir as patologias identificadas.

1. O silêncio teórico sobre a agenda de julgamentos

Para algumas das teorias normativas mapeadas, inexistente a preocupação com ferramentas de controle da agenda ou quaisquer outras ferramentas para deixar de decidir. Essas teorias partem de premissas distintas: concebem outro papel à corte constitucional e depositam a legitimidade do controle de constitucionalidade em outros elementos. São teorias normativas para as quais o contexto dos julgamentos é indiferente para a construção da legitimidade. Pouco importa quando julgar se o controle de constitucionalidade é legítimo por trazer argumentos de princípio ou por representar mais um entrave institucional à aprovação de leis.

Se o contexto e o tempo do julgamento são indiferentes para a construção da legitimidade democrática da corte, o mesmo pode ser dito de outras considerações a respeito do processo decisório sobre a agenda de julgamento.

Para as teorias normativas que defendem um desenho institucional capaz de limitar o escopo da atividade da corte ou seus efeitos, qualquer outro desenho institucional em larga escala seria incompatível com a democracia. Pouco importa, deste modo, o processo decisório³¹⁸.

O mesmo pode ser dito das teorias normativas que depositam a legitimidade das cortes constitucionais na natureza dos argumentos trazidos pela arena judicial (Dworkin e Rawls) ou no acréscimo de mais um ponto de veto capaz de criar entraves a leis potencialmente danosas a direitos (Fallon).

Teorias normativas de Dworkin e Rawls, que concebem cortes constitucionais como fóruns de princípio ou fóruns de razão pública, entendem que elas estariam mais bem equipadas para decidir controvérsias que dependem de um juízo moral³¹⁹, pois a resolução de questões de princípio demandaria o recurso a valores subjacentes às normas e relativos à moralidade política. Ao fazê-lo, a corte representaria os membros da comunidade política por meio de razões, e arejaria o processo decisório político com argumentos não encontrados naquela arena.

A raiz da legitimidade do tribunal é, assim, a natureza dos argumentos fornecidos, mas essas teorias não chegam a abarcar qualquer aspecto relativo à política judicial, ou mesmo a abordar elementos relativos ao desenho institucional em pequena escala³²⁰.

A teoria normativa de pontos de veto, representada por Fallon, vê cortes constitucionais como arenas estáticas que não participam do jogo político. Elas consistiriam em meras oportunidades institucionais para que atores externos questionassem leis potencialmente danosas a direitos. Essa teoria normativa não reconhece a própria corte como arena decisória na qual há atores, logo, não há nenhuma reflexão sobre processo decisório interno a respeito da agenda de julgamento.

O fato de o controle da agenda não ser mencionado como premissa nessas teorias normativas significa que pouco importa, a princípio, se ele existe ou não. O controle da agenda não é uma recomendação. Mas elementos presentes nessas teorias normativas

³¹⁸ Essa conclusão retoma o dilema indicado no início do capítulo 2, isto é, o dilema entre debater a legitimidade democrática em alto nível de abstração, como se as grandes escolhas institucionais ainda estivessem disponíveis, ou focar nos elementos de desenho que podem ter grandes consequências para a legitimidade democrática. (cf. supra, cap. 2, seção 4.1)

³¹⁹ Dworkin denomina esse tipo de controvérsia como argumentos de princípio, que se opõem a argumentos de política.

³²⁰ Para os autores que depositam a legitimidade democrática de cortes constitucionais na natureza das razões fornecidas pela corte, a maior preocupação é com a substância da decisão, isto é, com seu resultado. Esses autores não possuem preocupações diretas com procedimento, pois orientam a escolha a respeito de quem deve decidir a partir de sua teoria da justiça, isto é, a partir do juízo a respeito de qual é a melhor decisão.

trazem indícios de que, por si só, o controle da agenda ele também não seria deletério a essas teorias normativas.

A princípio, a definição da agenda de julgamento não impacta no resultado do caso. Por isso, não representa uma afronta às exigências institucionais de funcionamento como ponto de veto, tampouco ao dever de fundamentação e à estrutura colegiada. Independentemente da definição da agenda, a princípio, existirá uma decisão de mérito fundamentada³²¹ e colegiada³²².

A possibilidade de definição da agenda de julgamentos também não é incompatível com requisito do insulamento da política, presente em Dworkin³²³. Para o autor, o insulamento da política permitiria que juízes, livres de pressões externas, orientassem o julgamento por razões de princípio³²⁴. Essa noção de imparcialidade não parece implicar a total alienação a respeito do debate público em torno das questões constitucionais, pois, como visto, o autor reconhece que o controle de constitucionalidade ocorre em meio a um debate público e envolve, invariavelmente, um juízo de moralidade política³²⁵.

O fato de reputar impossível a total neutralidade traz indícios de que o uso de considerações políticas para controlar a agenda de julgamento não necessariamente colide com os elementos que estruturam sua teoria normativa.

O silêncio teórico não torna essas teorias normativas unidades analíticas dispensáveis. O desenho institucional de controle da agenda de julgamentos no STF também traz implicações para o processo decisório do mérito dos casos e para a estrutura da instituição. O caráter individual dos poderes de agenda, sua fragmentação no tempo e a ausência de limites institucionais à demora dos julgamentos podem ter consequências

³²¹ A definição da agenda de julgamentos não impede que Cortes Constitucionais funcionem como pontos de veto, desde que exista uma decisão. Por essa razão, não parece, a princípio, violar o elemento que, para Fallon, é essencial à legitimidade democrática de cortes constitucionais. Do modo como estruturada no desenho institucional do STF, contudo, a definição da agenda pode levar ao indefinido adiamento de um julgamento e, conseqüentemente, à ausência de decisão. A ausência de decisão e, conseqüentemente, de fundamentação também tem implicações para a exigência de fundamentação. Esse cenário será analisado no tópico 6.1.1.

³²² No desenho institucional do STF, a combinação da definição da agenda de julgamentos com outros requisitos do desenho institucional pode levar à possibilidade de determinação individual do resultado. Esse elemento pode consistir em afrontas à estrutura colegiada, e será analisado no tópico 6.2.2.

³²³ No desenho institucional do STF, a concentração do poder de não julgar pode aumentar o risco de captura, o que é potencializado pela possibilidade de influência na formação da maioria decisória e determinação individual do resultado. O risco de captura, decorrente da fragmentação dos poderes de agenda em diversos atores, será analisado no tópico 6.1.3.

³²⁴ Como discutido no capítulo 2, a exigência do insulamento da política denota uma acepção ampla de independência judicial, concebida não apenas em seu conceito tradicional (independência com relação ao governo que delegou seu poder), como também independência com relação às partes, quaisquer grupos de interesse, opinião pública, e mesmo com relação às preferências individuais de cada julgador.

³²⁵ Cf. supra, cap. 2, seção 6.

deletérias a elementos que, para as teorias normativas de Fallon, Dworkin, Rawls e Kumm, são nucleares à legitimidade democrática de cortes constitucionais.

Isso permite a busca por diretrizes inversas ao processo decisório sobre a agenda de julgamento e pode, portanto, ser relevante no teste de legitimidade. Em outras palavras, pouco importa a agenda, e pouco importa como ela é definida, mas seu modo de definição não pode ferir valores democráticos. Suas consequências para o resultado não podem ser incompatíveis com elementos centrais dessas teorias normativas.

2. As potenciais virtudes do controle do tempo do julgamento

As demais teorias normativas mapeadas permitem a identificação de potenciais virtudes no controle da agenda de julgamento, ainda que ele ocorra por meio do controle do tempo dos julgamentos. Essas teorias partem de uma noção de política judicial mais sofisticada. Para elas, a interação de cortes constitucionais com demais os atores políticos e com a sociedade é inevitável. Essas teorias reconhecem que cortes constitucionais não decidem no vácuo. Suas decisões sofrem influências e têm implicações para outros atores. Essa dinâmica deve ser abarcada na forma como se concebe o exercício do controle de constitucionalidade.

A definição do tempo dos julgamentos envolve, simultaneamente, o poder de julgar e de não julgar. Por isso, o desenho institucional do processo decisório sobre o tempo dos julgamentos tem o potencial de criar tanto incentivos quanto entraves ao julgamento³²⁶.

As teorias normativas indicam que o controle do tempo pode ser utilizado (i) para permitir decisões de princípio sem comprometer sua integridade em razão de pressões políticas circunstanciais, (ii) para aguardar o posicionamento do legislativo, (iii) para diminuir o impacto da decisão perante a opinião pública e, por fim, (iv) para maximizar a performance deliberativa.

Antes de passar à descrição de cada uma dessas virtudes, contudo, uma ressalva é necessária. Três das quatro teorias normativas que identificam virtudes no controle do tempo são construídas a partir da realidade da Suprema Corte Americana. Nelas, as

³²⁶ Os poderes de julgar e de não julgar podem ser representados por dois extremos de uma reta. Se o controle do contexto dos julgamentos é valorizado, é possível lançar a hipótese de que o desenho institucional ideal se encontre exatamente no meio-termo entre favorecer o julgamento de um caso e impedir que ele ocorra.

pretensões descritivas são instrumentais às normativas³²⁷. Os autores recorrem a dados empíricos ou à descrição da atividade da Suprema Corte Americana para fundamentar seu argumento normativo. Ainda que essas teorias tenham a pretensão de abstração e generalidade, é necessário ressaltar as diferenças entre o desenho institucional do STF e da Suprema Corte Americana.

A Suprema Corte Americana é composta por nove juízes, e decide apenas casos de controle concreto de constitucionalidade³²⁸ provenientes de tribunais inferiores³²⁹. Sua jurisdição é discricionária, isto é, juízes possuem a capacidade de selecionar quais casos vão decidir e negar jurisdição aos demais. O fazem quando apreciam o *writ of certiorari*. O acervo da corte é selecionado a cada ano judiciário, e a *decisão de certiorari* é tomada pela maioria dos ministros, sem qualquer fundamentação. O mérito dos casos é decidido em deliberações fechadas, que têm como resultado uma opinião da corte. Por fim, há possibilidade de juntada de opiniões divergentes ou concorrentes individuais³³⁰.

Com essa ressalva, descrevo, nos tópicos seguintes, cada uma das potenciais virtudes no controle do tempo dos julgamentos.

2.1. Permitir decisões de princípio

Para Bickel, ferramentas para deixar de decidir seriam essenciais para viabilizar que a corte decida com base em princípios sem ter que comprometer a integridade de sua decisão diante de pressões políticas circunstanciais. Se o contexto político e social não é favorável à decisão correta, caberia à corte decidir por não decidir, utilizando as ferramentas existentes no desenho institucional para adiar a tomada da decisão para o momento em que o contexto seja favorável. A opção por não decidir seria superior à legitimação de uma lei contrária aos princípios que fundamentam a comunidade política.

³²⁷ É o caso de Friedman, Bickel, Sunstein, três dos quatro autores discutidos nesta seção. Nesses casos, A descrição da prática, do desenho institucional ou mesmo de casos da Suprema Corte Americana são instrumentais ao argumento normativo em defesa da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

³²⁸ Como a jurisdição da corte se resume a casos concretos, a Suprema Corte não decide casos que envolva questões políticas ou nos quais as partes não possuam interesse processual. (JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark V., **Comparative constitutional law**, St. Paul, MN : Foundation Press, 2014, pp.593-595)

³²⁹ *Ibid*, pp.543-544.

³³⁰ *Ibid*, pp.593-595. A votação de certiorari ocorre por meio da chamada “rule of 4”: se 4 dos 9 juízes votarem pela concessão de jurisdição a um caso, ele será apreciado. A decisão não possui fundamentação porque não é considerada uma decisão de mérito.

Bickel denomina essas ferramentas como virtudes passivas ou ferramentas para não decidir.

Sua teoria exemplifica essas ferramentas a partir do desenho institucional da Suprema Corte Americana, caracterizada pela jurisdição discricionária, isto é, pelo total controle sobre seu acervo. O controle da agenda de julgamentos por meio da negativa de jurisdição é considerado uma das ferramentas para deixar de decidir.

Como o desenho institucional do STF é caracterizado pela jurisdição mandatória, os poderes de agenda implicam controle sobre o tempo, mas não sobre seu acervo. A liberação de um caso para pauta, o controle do calendário de julgamentos e a interrupção de julgamentos iniciados podem obstruir o julgamento de um caso em detrimento de outros. Contudo, em algum momento, o julgamento terá de ocorrer³³¹. O STF não pode simplesmente negar-se, discricionariamente, a apreciar determinado caso.

Controlar o tempo é, por isso, uma atividade diferente e mais restrita que controlar o acervo. Contudo, no limite, a recomendação institucional da negativa de jurisdição tem justamente o intuito de determinar o tempo do julgamento, isto é, decidir quando julgar. Por isso, também o controle sobre o tempo do julgamento pode ser considerado uma ferramenta para não decidir à luz da teoria normativa de Bickel.

Assim como vislumbrado por Bickel, os poderes de agenda presentes no desenho institucional do STF podem, em tese, ser utilizados para deixar a apreciação de determinada questão constitucional para um momento futuro, quando o litígio estiver mais maduro e, com isso, a sociedade estiver mais preparada para determinada decisão em questões envolvendo intensa controvérsia moral³³².

2.2. Aguardar o posicionamento do legislativo

No capítulo 2, ressaltei que as duas principais distinções entre o minimalismo judicial de Sunstein e as virtudes passivas de Bickel eram (i) a defesa da deferência substantiva, para além da deferência procedimental, e (ii) a crença o legislativo é a arena mais habilitada a decidir determinadas temáticas relativas a controvérsias morais ou sem pacificação na sociedade.

³³¹ Salvo se a obstrução indefinida do julgamento levar à perda de objeto. As implicações normativas desse cenário serão avaliadas no tópico 6.1.1.

³³² Como Bickel não admite a deferência substantiva e acredita que todas as questões constitucionais, inclusive aquelas envolvendo desacordos morais, devem ser decididas pela corte, não é possível inferir a partir de sua teoria a possibilidade de postergar uma decisão para aguardar uma manifestação do legislativo. Isso, contudo, é uma questão relativa à forma como determinado desenho institucional é utilizado, mas que extrapola a reflexão a respeito do próprio desenho institucional.

O minimalismo judicial de Sunstein é versátil. Assim como Bickel, ele também parece admitir o uso da negativa de jurisdição quando não há circunstâncias políticas favoráveis para uma decisão, ou em casos que ainda não estão maduros. Contudo, seu minimalismo judicial possui uma particularidade: a defesa da possibilidade de negar jurisdição a um caso para permitir que o legislativo decida a questão.

Para o minimalismo judicial de Sunstein, apenas o legislativo possuiria o pedigree democrático para decidir questões que envolvem intenso desacordo moral na sociedade ou conflitos cujas ramificações o judiciário não tem capacidade cognitiva para antever. Uma postura minimalista do judiciário teria o condão de promover processos democráticos porque deixaria espaço para que o legislativo, arena que ele reputa legítima, decidisse sobre esses temas³³³.

Também a partir das premissas de Sunstein, o controle sobre o tempo pode exercer papel similar àquele desempenhado pelo controle sobre o acervo³³⁴. A postergação de uma decisão poderia ser utilizada como ferramenta para aguardar a resolução da questão pelo legislativo, tal qual a negativa de *certiorari*.

A obstrução do julgamento por tempo indefinido pode ser relacionada a uma das potenciais consequências do desenho institucional dos poderes de agenda mapeadas no capítulo 1: a ausência de decisão. O adiamento indefinido de determinada decisão pode levar à perda de objeto, por exemplo, na hipótese de modificação ou até supressão da legislação questionada antes da ocorrência do julgamento, ou ainda na hipótese de mudança nas circunstâncias fáticas que levem à inutilidade daquela decisão.

Nesses casos, o adiamento equivaleria a uma decisão definitiva por não decidir³³⁵, abrindo espaço para a atuação do legislativo. Esse resultado atenderia às finalidades do minimalismo judicial de Sunstein.

³³³ Com essa premissa, o autor defende não apenas a deferência procedimental como também a deferência substantiva, que consiste em proferir uma decisão de mérito incompleta para deixar espaço ao para o que ele denomina reflexão democrática no sobre o tema. Como o minimalismo judicial admite a deferência substantiva, o controle do tempo não é a única forma de atingir essa finalidade. Existem outros instrumentos disponíveis no desenho institucional – como a própria substância da fundamentação – que não envolvem a decisão sobre não decidir. (cf. *supra*, cap. 2, seção 7.2)

³³⁴ Tendo em vista que o fundamento do minimalismo judicial é a necessidade de resguardar determinadas decisões à arena reputada legítima, ele parece ser compatível com a postergação de decisões para aguardar o posicionamento do legislativo, e daí decorre a importância de um desenho institucional que viabilize o minimalismo judicial. Não faz sentido, contudo, falar na postergação para aguardar circunstâncias sociais favoráveis a determinada decisão.

³³⁵ O argumento de que o controle sobre o tempo tem efeitos similares ao controle sobre a agenda já foi enunciado por Arguelhes e Hartmann, ao analisar empiricamente pedidos de vista. (Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A., Timing control without docket control: How individual justices shape the brazilian supreme court's agenda, *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, p. 105–140, 2017.). A

A defesa da obstrução do julgamento até que a corte deixasse de decidir seria restrita a circunstâncias nas quais o judiciário não se repute legítimo para resolver a questão. Além disso, a obstrução da decisão não é a única forma institucional por meio da qual o minimalismo judicial poderia ser satisfeito.

Por fim, como o autor também defende a deferência substantiva, as ferramentas institucionais para controlar a agenda de julgamentos (e, com isso, o tempo) são recomendáveis, mas não indispensáveis. Basta que exista alguma prática minimalista consolidada, seja ela voltada a questões procedimentais, seja ela voltada à substância da decisão.

2.3. Influenciar na recepção pela opinião pública

Barry Friedman também abarca, em sua teoria, a importância do controle da agenda de julgamentos. Para o autor, Cortes Constitucionais seriam legítimas para exercer o controle de constitucionalidade porque as razões proferidas em suas decisões devem mediar a interlocução com a opinião pública. O mais importante não é o conteúdo da decisão, mas sim como ele é recebido pela sociedade. A sociedade debate o conteúdo das decisões e pode reagir a ele. O aumento da polarização no tema e a mobilização em busca de meios para reformar a decisão são exemplos de possíveis reações. Por isso, o mais importante é que o conteúdo da decisão estimule um diálogo entre a corte e a opinião pública. Por meio deste diálogo, ocorre a construção do significado da Constituição³³⁶.

Como a base desta teoria normativa é a interlocução com a opinião pública, o autor confere peso ao modo como o público reage às suas decisões, pois dessa interação depende a autoridade da corte.

À luz dessa teoria, decidir quando decidir pode ser útil para lograr maior aceitação da decisão pela opinião pública. Descritivamente, Friedman afirma que a Suprema Corte Americana usa três ferramentas para estimular a recepção de suas decisões pela opinião pública: (i) a aglutinação do calendário de julgamento em um período curto (ii) a elaboração de seu calendário, deixando debates mais polêmicos para o final do ano judiciário, e (iii) a seleção de casos, decidindo questões jurídicas mais controversas a partir de casos concretos menos salientes. Seria melhor decidir questões jurídicas que já

perda de objeto sem decisão pode ser deletéria a outras teorias normativas – até mesmo a Bickel, mas para Sunstein ela não parece ser um complicador.

³³⁶ Cf. supra, cap. 2, seção 7.3.

são naturalmente controvertidas a partir de casos de fundo pouco salientes, que, por exemplo, não possuem voltagem política e não envolvem celebridades.

Trata-se de ferramentas próprias ao desenho institucional da Suprema Corte Americana, mas com um objetivo em comum: diminuir a exposição do tribunal. No STF, seleção dos casos e o controle do tempo dos julgamentos têm o potencial de atingir finalidades similares.

O poder de pautar casos engloba a capacidade de selecionar o que será julgado. A definição da pauta permite a alocação de determinado julgamento sensível para data próxima ao recesso ou concomitante a outros eventos políticos com os quais dividiriam espaço na agenda da mídia. Deste modo, a pauta seria uma ferramenta para influenciar na recepção de suas decisões pela opinião pública. No tempo adequado e com menor saliência, a reação da opinião pública não seria tão hostil.

A convivência entre o controle abstrato e incidental que caracteriza o desenho institucional do STF também não inviabiliza o exercício da ferramenta de seleção de casos. É possível vislumbrar que uma mesma questão jurídica possa surgir tanto em ações de controle abstrato quanto em ações de controle incidental. O exemplo da execução provisória da pena, trazido no capítulo 1, indicou que isso pode ocorrer³³⁷. Mesmo entre as ações de controle concreto, é possível vislumbrar a existência de mais de uma ação envolvendo partes diversas. O caso da execução provisória da pena foi discutido em habeas corpus que tinha como paciente o ex-presidente Lula. Mas é possível imaginar existiam diversos outros habeas corpus que também discutiam o alcance da presunção de inocência.

A definição da pauta de julgamento, assim, também poderia servir à finalidade de diminuição da exposição do tribunal. Isso mostra que o poder de pauta tem, a princípio, o potencial de ser utilizado para as finalidades vislumbradas por Friedman. Ele pode ser utilizado para selecionar casos e contextos aptos a catalisar o debate público, blindar a corte de ataques à sua independência, e aumentar o ônus de uma eventual reversão de sua decisão.

Cabem, por fim, algumas ressalvas. A opinião pública, à luz da teoria normativa de Friedman, é um conceito mais perene e difuso que não equivale, por isso, a interesses políticos imediatos. Além disso, a constatação descritiva de que a corte pode se utilizar dessas ferramentas para dosar a reação da opinião pública não significa que ela jamais

³³⁷ Cf. *supra*, cap. 1, seção 3.2.

possa contrariar a opinião pública ou que deva, nessas circunstâncias, postergar uma decisão por tempo indefinido caso o melhor momento nunca chegue. A acomodação entre a vontade popular e a opinião da corte decorre de um diálogo contínuo caracterizado pela tentativa e erro. Por isso, não é proibido que a corte decida contra a opinião pública, mas é prudente que ela seja capaz de selecionar quando e em quais casos³³⁸.

2.4. Maximizar performance deliberativa

Teorias normativas que concebem cortes como instâncias deliberativas exigem um desenho institucional que facilite a deliberação. Para essas teorias, cortes constitucionais devem decidir colegiadamente utilizando o método decisório da deliberação. A deliberação pode (e deve) ocorrer tanto fora da corte constitucional quanto dentro dela. Cabe à corte deliberar para decidir um caso, ser aberta a atores e argumentos externos, e proferir uma decisão que também catalise o debate público. Isso leva a corte constitucional a decisões melhores, mais informadas, e mais democráticas.

A capacidade da corte de deliberar é medida pela performance deliberativa. Quanto melhor for a performance deliberativa, mais democrática é a corte constitucional. O desenho institucional é capaz de estimular a deliberação dentro da corte, mas a performance deliberativa também depende de outros elementos: da disposição dos membros da corte em deliberar (colegialidade), da questão jurídica discutida, e também do contexto no qual o caso é julgado.

O tempo pode ser elemento importante para dosar a voltagem política das decisões e garantir que ela gere mais diálogo. Conrado Hübner Mendes argumenta que o pano de fundo político seria um dos elementos fundamentais para medir a capacidade da corte de catalisar o debate público³³⁹. A proteção contra retaliações políticas e o máximo potencial deliberativo de suas decisões dependeriam dessa habilidade política. Para tal, as cortes constitucionais poderiam utilizar-se de ferramentas como (i) a formação da agenda e a duração do julgamento, (ii) o estilo e a retórica das decisões, e (iii) a dosagem entre desafiar ou não outros poderes e a opinião pública³⁴⁰.

Diferentemente das teorias normativas mencionadas nas seções anteriores, Mendes não elabora sua teoria a partir da realidade da Suprema Corte Americana. Talvez por isso,

³³⁸ Cf. supra cap 2, seção 4.2.

³³⁹ Cf. supra cap. 2, seção 7.3.

³⁴⁰ MENDES, Conrado, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013.p.198.; Cf. supra, cap. 2, seção 7.3.

distingue o controle do tempo do controle do acervo, e indica que ambos podem ter implicações para a fase pré-decisional³⁴¹.

A possibilidade de priorizar assuntos relevantes para a esfera pública poderia ampliar a qualidade da contestação pública. Já o controle do tempo seria uma ferramenta importante para fornecer a resposta judicial no tempo adequado – nem muito rápida e nem muito demorada. Uma noção similar, conquanto pouco desenvolvida, também está presente em Ferejohn e Pasquino, quando tratam das considerações institucionais³⁴².

3. O teste de legitimidade em duas etapas

A seção anterior mostrou que existem boas razões na literatura para justificar o controle da agenda de julgamentos, ainda que ele ocorra por meio do controle do tempo. São potenciais virtudes, cuja satisfação ainda depende de elementos presentes no desenho institucional do processo decisório a respeito do tempo dos julgamentos.

Essas teorias normativas não avançam, contudo, em considerações a respeito deste processo decisório. Há um silêncio teórico também sobre o processo decisório. Mesmo teorias com uma concepção mais apurada de política judicial não prescrevem diretrizes para o processo decisório por meio do qual a corte deve decidir entre julgar e não julgar um caso (e, com isso, decidir sobre quando julgar um caso). Quatro das cinco teorias normativas que identificam virtudes no controle da agenda escrevem a partir da realidade norte-americana, exemplificando a teoria normativa com ferramentas existentes na Suprema Corte Americana. Isso talvez explique o silêncio teórico sobre processo decisório.

Mesmo que as teorias normativas não reconheçam, existem diversas possibilidades de desenhar ferramentas de controle sobre o tempo. Elas podem servir como facilitador ou obstáculo à satisfação dos objetivos que justificam o controle sobre o tempo. Mesmo que o desenho institucional viabilize com sucesso a seleção de casos e definição do contexto dos julgamentos, o grau de legitimidade ainda pode variar, a depender de suas consequências para outros valores essenciais. De nada adianta um desenho institucional que garanta controle sobre o contexto dos julgamentos, mas seja prejudicial a outros

³⁴¹ MENDES, Conrado, *Constitutional courts and deliberative democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.161.

³⁴² Cf. supra, cap.2, seção 7.3.

elementos relevantes como o insulamento da política, o funcionamento com arena institucional de veto, ou o fornecimento de razões.

A partir dessas premissas, é possível utilizar os elementos centrais de cada uma dessas teorias normativas para fazer uma espécie de teste de legitimidade em duas etapas. Como as teorias normativas não listam expressamente elementos que tornariam legítimo um processo decisório sobre o tempo, não é possível avaliar diretamente a legitimidade das ferramentas. Mas ainda é possível identificar quando um desenho não é legítimo.

É possível identificar elementos que tornem o controle do tempo menos legítimo, a partir do raciocínio de construção de cada teoria normativa. Por essa razão, ele é um teste *a contrario sensu*. O desenho institucional tem problemas de legitimidade quando (i) não atinge as finalidades que a respectiva teoria normativa concebe ao controle do tempo, ou (ii) quando, apesar de atingi-la, fere outro elemento institucional nuclear à legitimidade democrática neste processo.

A primeira etapa, que denomino teste de eficácia, consiste em saber se o desenho que prevê poderes de liberação, pauta e vista é eficaz na consecução de cada uma das finalidades listadas na seção 2. Mesmo que passe no primeiro teste, é necessário verificar se esse desenho institucional é coerente com o restante da referida teoria normativa. Essa segunda etapa do teste, que denomino teste de legitimidade, demanda a comparação entre os pilares de cada teoria normativa e o desenho institucional do STF. A figura 2 indica as questões enunciadas em cada uma das etapas do teste.

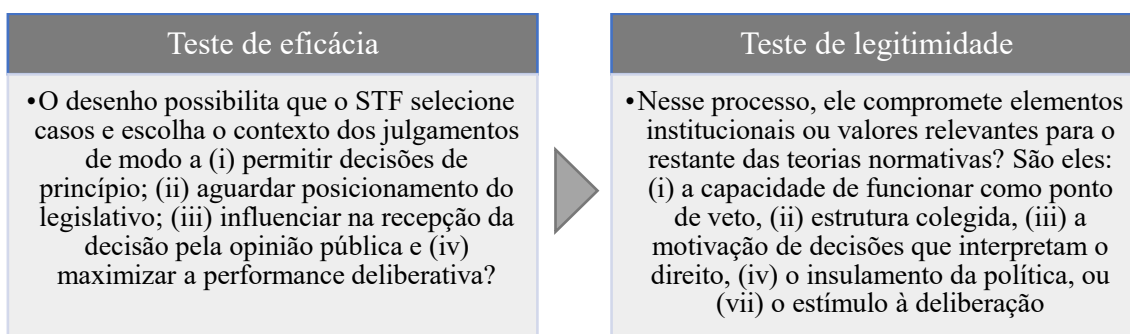


Figura 2. Etapas do teste duplo de legitimidade

Os três elementos centrais que caracterizam os poderes de agenda³⁴³ são (i) a fragmentação em etapas diferentes do julgamento, (ii) a fragmentação deste poder em diversos atores (ausência de engajamento colegiado), e (iii) a ausência de limites

³⁴³ Cf. supra, cap. 1, em especial seção 2 e conclusão.

institucionais à demora de um julgamento. Essas características tornam possível a influência na formação da maioria decisória, determinação individual do resultado e até mesmo a ausência de decisão.

Cada uma dessas características será submetida separadamente às duas etapas do teste: a eficácia e legitimidade. Essa divisão tem dois benefícios. Em primeiro lugar, ela facilita a reflexão sobre soluções institucionais. Ainda que sejam perguntas conectadas entre si, elas apontam para problemas e soluções diferentes. Se há um vício na eficácia, isso significa que é preciso pensar em formas de garantir que o desenho institucional viabilize a seleção de casos e o controle do contexto dos julgamentos. Se há um vício na legitimidade, é necessário pensar em formas de corrigir a patologia, preservando os benefícios trazidos pelo desenho institucional.

Em segundo lugar, essa divisão também permite identificar onde residem as patologias. O teste correlaciona cada um dos elementos institucionais listados no capítulo 2 com principais características dos poderes de agenda no STF. Isso permite identificar qual é o elemento institucional afetado por cada patologia. Caso qualquer um dos elementos centrais do desenho deixe de passar pelo teste, isso significa que o desenho institucional é incompatível com determinada teoria.

Uma característica institucional é reprovada no teste duplo de legitimidade caso esbarre em uma das duas condições do teste: eficácia ou legitimidade. São, portanto, exigências cumulativas. Não basta que o elemento seja legítimo se não for eficaz, ainda que essa distinção seja relevante para eventuais propostas de aprimoramento do desenho institucional³⁴⁴.

O mapeamento de elementos institucionais revelou, como discutido na seção 1 deste capítulo, um grande silêncio teórico sobre a agenda e o tempo dos julgamentos. Só é possível aplicar ambas as etapas do teste³⁴⁵ para as teorias que identificam virtudes no controle do contexto dos julgamentos. Nelas, é possível identificar (i) se cada um desses elementos do desenho institucional atinge as finalidades do controle do tempo e (ii) se, neste processo, tem o potencial de ferir algum elemento tido como essencial para a construção da legitimidade. As teorias para as quais o controle do tempo dos julgamentos é indiferente são consideradas na segunda etapa do teste.

³⁴⁴ Este elemento será discutido na seção 4.

³⁴⁵ É o caso das teorias normativas de Bickel, Sunstein, Friedman, Mendes, Ferejohn e Pasquino. A seção 4 aprofunda a aplicação do duplo teste, especialmente nessas teorias.

A tabela 1 sintetiza os resultados do teste duplo de legitimidade. Ela correlaciona cada uma das características acima descritas com os elementos institucionais mapeados no capítulo 2. Com isso, condensa o resultado da aplicação das duas etapas do teste.

	Fragmentação no tempo (interrupção de julgamentos)	Fragmentação em diversos atores (individualismo)	Ausência de limites institucionais à demora
Poder de veto	Indiferente	Indiferente	Reprovado <ul style="list-style-type: none"> • Ausência de decisão
Dever de justificação	Indiferente	Indiferente	Reprovado <ul style="list-style-type: none"> • Ausência de decisão
Estrutura colegiada	Indiferente	Reprovado <ul style="list-style-type: none"> • Determinação individual do resultado; • Engajamento colegiado artificial; • Prejuízos à performance deliberativa; 	Reprovado <ul style="list-style-type: none"> • Ausência de decisão
Insulamento da política	Indiferente	Reprovado <ul style="list-style-type: none"> • Aumento do risco de captura 	Reprovado <ul style="list-style-type: none"> • Aumento do risco de captura
Ferramentas para deixar de decidir	Reprovado <ul style="list-style-type: none"> • Ineficácia da interrupção dos julgamentos 	Reprovado <ul style="list-style-type: none"> • Dificuldade na gestão institucional do tempo 	Reprovado <ul style="list-style-type: none"> • Ausência de decisão
Facilitadores da deliberação	Questionável (pode ser ilegítimo) <ul style="list-style-type: none"> • Prejuízos à performance deliberativa; 	Reprovado <ul style="list-style-type: none"> • Prejuízos à performance deliberativa; 	Reprovado <ul style="list-style-type: none"> • Ausência de decisão

Tabela 1. Teste duplo de legitimidade *a contrario sensu*, relacionando os requisitos institucionais mapeados no capítulo 2 com as características dos poderes de agenda. Ela indica o resultado da aplicação de ambas as etapas do teste. Se a característica for reprovada em uma ou em outra etapa, constará como reprovada na tabela.

A tabela 1 decompõe o desenho institucional dos poderes de agenda em suas três características, indicadas nas respectivas colunas. As linhas indicam os elementos institucionais tidos como essenciais para cada teoria normativa, e mapeados no capítulo 2. Caso a característica dos poderes de agenda prejudique algum dos elementos institucionais essenciais à construção da legitimidade democrática do tribunal, ela é reprovada no teste com relação àquele elemento. Nessa hipótese, a tabela também indica a patologia em razão da qual a característica institucional foi reprovada no teste. Caso alguma das três características dos poderes de agenda reprove no teste com relação a determinado requisito institucional listado nas linhas da tabela, isso significa que os poderes de agenda têm vícios de legitimidade à luz da teoria normativa que possui esse requisito institucional.

O desenho institucional dos poderes de agenda reprovava no teste de legitimidade de todas as teorias normativas. Em todos os casos, ao menos uma característica dos poderes de agenda é patológica e, com isso, reprovada com relação a cada uma das linhas da tabela 1. Ou seja, ao menos uma das características do desenho institucional dos poderes de agenda prejudica um elemento institucional essencial para a construção da legitimidade democrática. Isso é verdade até mesmo nas exigências institucionais mais básicas, como a demanda de que cortes funcionem como pontos de veto e o dever de justificação.

A fragmentação dos poderes de agenda no tempo gera duas patologias: ineficácia no manejo do tempo e prejuízos à performance deliberativa. A interrupção de julgamentos nem sempre pode ser utilizada com a finalidade de permitir decisões de princípios. Para a teoria normativa de Bickel, cortes devem ter controle sobre quando julgar um caso para que sejam capazes de decidi-lo com base em princípios, sem que cedam a pressões políticas. Evitar a decisão, nesse caso, seria uma forma de adiá-la para momento mais oportuno, no qual o tribunal não sofra pressões e tenha condições de proferir a decisão correta.

É mais fácil vislumbrar o uso de ferramentas como a liberação para julgamento e a inclusão em pauta para atingir essa finalidade. No caso dos pedidos de vista, isso é possível, porém mais difícil. Se, por exemplo, o último ministro a votar pede vista dos autos, o potencial de influência desta interrupção pode ser menor, porque boa parte da deliberação já ocorreu antes da interrupção do julgamento. É difícil afirmar, nesses casos, que interrupção seja capaz de permitir a postergação do julgamento para contexto político e social oportuno. Os prejuízos à performance deliberativa, por sua vez, podem ocorrer quando uma interrupção individual do julgamento interrompe a deliberação. A

interrupção de julgamentos pode ser benéfica para dosar a duração da deliberação. Mas quando um ministro força individualmente uma interrupção brusca, pode comprometer a troca de razões.

A fragmentação em diversos atores reflete o aspecto individual dos poderes de agenda. Todos podem obstruir um julgamento, mas ninguém possui, a princípio, total controle sobre quando um caso deve ser julgado. O aspecto individual desses poderes é um problema para a eficácia do controle do tempo, de acordo com todas as teorias normativas, por dificultar a gestão institucional do tempo. Teorias normativas que enxergam virtudes no controle do tempo dos julgamentos exigem que a corte tenha controle sobre quando julgar, mas não definem quem é “a corte”. O caráter individual desses poderes dificulta que a corte, como instituição, decida a respeito do contexto político e social mais oportuno para julgar determinado caso.

Ele também é patológico à estrutura colegiada, ao insulamento da política e à performance deliberativa do tribunal. Como demonstrado no capítulo 1, relatores têm o potencial de proferir decisão monocrática e jamais liberar o caso para julgamento. Nesse caso, uma decisão que deveria ser temporária e precária torna-se a única resposta do tribunal no tema. A decisão individual viola o requisito da estrutura colegiada e é deletéria à performance deliberativa³⁴⁶. Decisões individuais têm mais riscos de atingir resultados incorretos e parciais, pois não fruem dos benefícios trazidos pela estrutura colegiada. Isso torna mais fácil que todo o tribunal seja capturado, bastando para tal a captura de um único ministro. Decisões individuais também perdem em qualidade por não terem sido fruto de deliberações e não terem, com isso, maximizado as razões do debate.

É verdade que, do modo como desenhados os poderes de agenda, eles consistem apenas em filtros para barrar julgamentos. Ninguém teria, a princípio, total controle sobre quando um caso será julgado, o que poderia ser uma proteção parcial contra a captura do tribunal. Contudo, a possibilidade de cumular a obstrução de um julgamento com uma decisão liminar monocrática também leva ao risco de que, decidindo sozinho, um ministro ativamente tome para si a responsabilidade exclusiva sobre a resposta jurisdicional.

³⁴⁶ Esse é o cenário que Arguelhes e Ribeiro denominaram revisão judicial individual. Este problema já havia sido diagnosticado pelos autores como uma patologia (cf. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, ‘The Court, it is I’? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory, *Global Constitutionalism*, v. 7, n. 2, p. 236–262, 2018.)

A ausência de limites institucionais à demora dos julgamentos, fim, é patológica para todas as teorias normativas. Quando um caso perde objeto sem julgamento, a corte constitucional deixa de exercer seu papel na democracia, seja ele qual for. O controle do tempo não se presta à obstrução indefinida de um julgamento, mas sim à atividade de julgar no tempo correto. Impedir um julgamento de modo definitivo é frustrar a eficácia do controle do tempo.

A ausência de decisão indica um uso do controle do tempo para obstruir a agenda constitucional do país, isto é, impedir que corte constitucional exerça sua função. Por isso, além de levar ao risco de ineficácia, a ausência de limites temporais também não passa no teste de legitimidade.

Mesmo para o minimalismo judicial de Sunstein, nem toda ausência de decisão seria legítima. Deixar de decidir ou decidir o mínimo só seria recomendável para abrir espaço à atividade do legislativo em matérias nas quais o judiciário não tem capacidade para uma decisão informada. Se a ausência de decisão não ocorre porque o legislativo resolveu a questão, também à luz do minimalismo judicial de Sunstein pode haver um problema de legitimidade.

O teste duplo de legitimidade, apresentado nesta seção, será aprofundado nas seções 4 a 6. Na seção 4, detalho a aplicação do teste e indico os elementos institucionais aprovados em apenas uma das duas etapas. Esse peculiar cenário pode ser relevante para avaliar eventuais propostas de mudança no desenho institucional.

Na seção 5, descreverei as duas patologias que comprometem a eficácia do poder de liberação, pauta e vista como ferramentas para controlar o tempo dos julgamentos. Na seção 6, patologias que comprometem a legitimidade desses poderes. Ao possibilitarem o manejo do tempo, esses poderes podem levar à ausência de decisão, a prejuízos na performance deliberativa, aumento do risco de captura do tribunal, engajamento colegiado artificial ou determinação individual do resultado. Por fim, a seção 7 faz considerações sobre a dificuldade de identificar limites mais precisos à demora para julgar.

4. Aprovações parciais no teste de legitimidade em duas etapas

A seção 3 revelou que o desenho institucional do controle da agenda de julgamentos do STF não passa no teste de legitimidade em duas etapas. Até mesmo teorias normativas menos exigentes em termos institucionais censuram algum dos três elementos que

caracterizam os poderes de agenda. Isso não impede a existência de algumas características do desenho que não são, de modo isolado, necessariamente problemáticas para a construção da legitimidade democrática.

Esta seção se destina a detalhar o processo de aplicação do teste de legitimidade para as teorias normativas que têm uma concepção mais sofisticada de política judicial. O objetivo é descrever características que, para algumas teorias normativas, passam em pelo menos uma etapa das etapas do teste. São elementos do processo decisório sobre o tempo, que, sozinhos, não são problemáticos. Como as exigências do teste são cumulativas, a aprovação parcial não torna o desenho institucional legítimo. Contudo, apontar as aprovações parciais pode ser relevante para avaliar propostas de mudança no desenho institucional³⁴⁷.

Nesta seção, serão abordadas apenas as teorias normativas que enxergam virtudes na existência de ferramentas para não decidir. Debruço-me, portanto, apenas sobre as teorias de Bickel, Sunstein, Friedman, Mendes e Ferejohn e Pasquino. Como discutido na seção anterior, apenas no caso dessas teorias é possível aplicar ambas as etapas do teste.

Para as demais teorias normativas, os elementos que não levam a patologias são automaticamente indiferentes. Se a teoria não possui uma concepção sofisticada de política judicial, o processo decisório por meio do qual a corte decide quando julgar um caso é, a princípio, indiferente³⁴⁸. Esse processo decisório só tem importância se ferir algum elemento que a teoria entende como essencial à construção da legitimidade. Ou seja, se ferir o dever de justificação, a estrutura colegiada, o funcionamento como ponto de veto, e o insulamento da política. Caso a característica do desenho institucional não comprometa nenhum desses elementos, ele é automaticamente indiferente. Caso o desenho institucional prejudique algum desses elementos, a patologia será descrita na seção 6³⁴⁹.

Os elementos listados nesta seção são, sozinhos, aprovados no teste. Mas, combinados entre si ou com outras características do processo decisório no STF, eles levam a patologias. É relevante, ainda assim, analisar separadamente cada um desses elementos para que seja possível identificar a raiz do problema. Isso também não significa

³⁴⁷ Este ponto será retomado na conclusão (seção 8).

³⁴⁸ Cf. supra, cap. 3, seção 1.

³⁴⁹ É o caso das patologias de ausência de decisão, aumento do risco de captura e engajamento colegiado artificial. Elas serão descritas, respectivamente, nas seções 6.1.1, 6.1.3 e 6.2.1.

que seja possível corrigir a patologia e preservar o elemento que é benéfico ou indiferente à legitimidade. Mas isso é uma questão de imaginação institucional.

A tabela 2 sintetiza os resultados do teste para as teorias normativas que possuem uma concepção mais sofisticada de política judicial.

	Bickel (Decisão com razões de princípios)	Sunstein (estímulo ao diálogo)	Friedman (estímulo ao diálogo por razões)	Mendes (Performance deliberativa)	Ferejohn e Pasquino (Performance deliberativa)
Fragmentação no tempo (interrupção de julgamentos)	Reprovado (ineficaz)	Aprovado	Aprovado	Questionável (pode ser ilegítimo)	Questionável (pode ser ilegítimo)
Fragmentação em diversos atores (individualismo)	Reprovado (ineficaz)	Reprovado (ineficaz)	Reprovado (ineficaz)	Reprovado (ineficaz e ilegítimo)	Reprovado (ineficaz e ilegítimo)
Ausência de limites institucionais à demora	Reprovado (ineficaz e ilegítimo)	Questionável (pode ser ilegítimo)	Reprovado (ineficaz e ilegítimo)	Reprovado (ineficaz e ilegítimo)	Reprovado (ineficaz e ilegítimo)

Tabela 2. Teste duplo de legitimidade *em duas etapas* nas cinco teorias normativas que concebem virtudes na existência de ferramentas para não decidir

A ausência de limites institucionais à demora do julgamento é ineficaz e ilegítima para todas as teorias normativas. Essa patologia será discutida na seção 6.1.1.

A fragmentação dos poderes de agenda no tempo passa em ambas as etapas do teste de legitimidade à luz das teorias de Sunstein e Friedman, como indicado na tabela 2. Mas ela é reprovada por duas teorias: no teste de eficácia para a teoria normativa de Bickel, e no teste de legitimidade para as teorias normativas que concebem cortes como instâncias deliberativas. Nas teorias em que aprovada no teste de legitimidade, a interrupção de julgamentos iniciados, sozinha, atinge as mesmas virtudes vislumbradas pelas teorias normativas e descritas na seção 2.

Já a fragmentação do poder de agenda em diversos atores não passa no teste de legitimidade para nenhuma das teorias normativas, porque tem vícios de eficácia.

Contudo, ela passa no teste de legitimidade das teorias de Bickel, Sunstein e Friedman, que não concebem cortes como instâncias deliberativas. O compartilhamento do poder de agenda entre vários ministros, individualmente, pode dificultar a gestão institucional do tempo. Se vários juízes têm o poder individual de evitar o julgamento, ninguém tem total controle sobre quando um caso será julgado. Para as teorias normativas que concebem cortes como instâncias deliberativas, o individualismo decisório é eficaz, porém não é legítimo.

Expor essa distinção é relevante porque ela tem implicações para eventuais soluções institucionais aos problemas identificados neste trabalho. Ela permite cindir as teorias normativas que entendem importante definir o tempo dos julgamentos, listadas na seção 2, em dois grupos: aquelas que não concebem cortes como instâncias deliberativas e aquelas que as concebem como tal. As teorias normativas de não concebem cortes como instâncias deliberativas demandam menos do processo decisório para definição do tempo dos julgamentos. Por isso, seria possível pensar em soluções destinadas a atacar o problema da dificuldade na gestão institucional do tempo, mas sem que fosse necessário estabelecer uma deliberação colegiada, transparente, com troca de razões e fornecimento de justificativa para a escolha sobre quando julgar. Para as teorias normativas que concebem cortes como instâncias deliberativas, isso não seria possível. Ainda que a gestão do tempo fosse eficaz, o processo decisório seria, por si só, patológico.

As seções 4.1 e 4.2 abordam os elementos institucionais que são aprovados em pelo menos uma das fases do teste duplo de legitimidade. A seção 4.1 explora as consequências da fragmentação dos poderes de agenda no tempo. A seção 4.2, as consequências do individualismo nos poderes de agenda.

4.1. A fragmentação no tempo

A seção 4.1.1 indica os elementos institucionais aprovados no teste de eficácia. A seção 4.2.2 indica os elementos aprovados no teste de legitimidade. Para Friedman e Sunstein, a fragmentação dos poderes de agenda no tempo é indiferente à eficácia e à legitimidade. Para Mendes, ela é eficaz, porém não é legítima. Para Bickel, ela não é eficaz, apesar de ser legítima.

4.1.1. *Elementos eficazes*

A fragmentação dos poderes de agenda no tempo só reprova no teste de eficácia para a teoria normativa de Bickel. A interrupção de um julgamento iniciado pode ser considerada eficaz para dosar a reação da opinião pública, como prevê Friedman, e para aguardar a decisão do legislativo, como prevê Sunstein.

Como o desenho institucional do STF é caracterizado por deliberações abertas e televisionadas, a interrupção de um julgamento após alguns votos proferidos poderia ser utilizada como uma espécie de sinalização – seja ela à opinião pública, como defende Friedman³⁵⁰, ou ao legislativo, como defende Sunstein – sem o caráter de definitividade.

A interrupção de um julgamento iniciado poderia indicar ao legislativo o início da apreciação de determinada matéria na qual há intensa controvérsia moral e, com isso, estimular que o próprio legislativo tome as rédeas e decida, antes que o judiciário o faça. Os casos exemplo descritos na seção 3.1 do capítulo 1 indicam que este é um potencial existente no desenho institucional do STF. Sem o caráter de definitividade, a interrupção do julgamento iniciado permitiria uma sinalização ao legislativo, e a obstrução da finalização do julgamento permitiria que se aguardasse a movimentação da arena democraticamente legítima.

A percepção da reação da opinião pública ao julgamento também poderia ser elemento relevante para preservar a autoridade do tribunal, se o controle do tempo é defendido em razão da possibilidade de influenciar na recepção da decisão pela opinião pública. O início do julgamento sinalizaria razões capazes de mediar a interlocução com o debate público³⁵¹. Uma vez verificada a reação negativa ao julgamento, a corte poderia optar entre (i) esperar um momento adequado para continuar o julgamento e, com isso, preservar sua autoridade, ou (ii) decidir de modo a acomodar a decisão às expectativas da opinião pública.

Para as teorias normativas que concebem cortes constitucionais como instâncias deliberativas, a mera suspensão ou interrupção de um julgamento é eficaz, apesar de não

³⁵⁰ Para Friedman, a função da Corte Constitucional é, por meio das razões presentes em sua decisão, interagir com o debate público no diálogo por meio do qual o significado da Constituição é construído. Nessa relação, a autoridade da corte depende, em boa medida, da opinião pública.

³⁵¹ Para tal, contudo, seria necessário que as razões fornecidas durante o debate televisionado sejam reputadas suficientes como instrumento para mediar a interlocução com a opinião pública. Como Friedman parte da realidade da Suprema Corte Americana e, a partir dela, constrói sua teoria normativa, esse tipo de consideração a respeito do que consiste uma justificação suficiente não é uma preocupação. É possível supor, ainda assim, que essas razões sejam suficientes, desde que sejam capazes de mediar a interlocução com a opinião pública.

ser legítima. Ela poderia ser utilizada como uma ferramenta para prolongar a duração da deliberação. O prolongamento da deliberação permitiria (i) o aumento da saliência de um caso e, conseqüentemente, maior estímulo ao debate público, bem como (ii) a possibilidade de testar a existência ou não de capital político para proferir determinada decisão, em dado contexto. A depender das circunstâncias, prolongar a deliberação poderia ser um recurso para maximizar seu potencial deliberativo, sabendo quando deliberar, quando suspender a deliberação e, ainda, quando voltar a deliberar.

É possível vislumbrar um cenário no qual a interrupção de um julgamento por pedido de vista ou suspensão seja utilizada com finalidades virtuosas de prolongar a deliberação. Contudo, por ser uma decisão individual, isso ocorre às custas da qualidade do engajamento colegiado dentro do tribunal³⁵². Este cenário parece espelhar o trade-off entre instrumentos facilitadores da deliberação interna e externa, descrito por Ferejohn e Pasquino³⁵³. Para os autores, o desenho institucional pode optar por estimular a deliberação interna, favorecendo a troca de razões entre os membros do tribunal, ou por estimular a deliberação externa, abrindo a corte e estimulando o debate público. Contudo, mecanismos que estimulam a deliberação entre os ministros pode comprometer o estímulo ao debate público, e vice-versa. Por isso, esse seria um trade-off e caberia ao desenho institucional atingir um equilíbrio. O desenho institucional dos pedidos de vista pode ser utilizado para prolongar a deliberação e estimular o debate público, mas traz grandes riscos de comprometer a qualidade da deliberação interna. Por essa razão, ele não passa no teste de legitimidade.

Por essas razões, a interrupção de julgamentos iniciados seria, por si só, aprovada no teste de eficácia. Ela só leva a patologias porque, no desenho institucional do STF, é cumulada com elementos do individualismo decisório e pode prejudicar a performance deliberativa³⁵⁴.

4.1.2. Elementos legítimos

A fragmentação dos poderes de agenda no tempo é aprovada no teste de legitimidade para as teorias normativas de Bickel, Sunstein e Friedman. O teste de

³⁵² Este elemento será discutido no tópico 6.1.2.2.

³⁵³ Cf. *infra*, cap. 2, seção 8.

³⁵⁴ Do individualismo decisório decorre a patologia que prejudica a eficácia da interrupção do julgamento iniciado como ferramenta para não decidir: a existência de votos já proferidos no momento da interrupção do julgamento.

legitimidade avalia se, ao viabilizar a existência de ferramentas para não decidir, o desenho institucional acaba por afetar outros elementos institucionais que também são essenciais à construção da legitimidade democrática do tribunal para cada teoria.

Para além da existência de ferramentas para não decidir, as teorias de Friedman e Bickel demandam outros elementos institucionais. Enquanto Bickel parte da premissa de que cortes devem decidir com fundamento em princípios³⁵⁵, Friedman partem da premissa da democracia deliberativa, e depositam a legitimidade de estimular o debate público. Com fundamentos distintos, Bickel e Friedman demandam o fornecimento de razões. No primeiro caso, a arena judicial é legítima justamente porque fornece argumentos de natureza distinta, não encontrados na arena da política. No segundo, os argumentos servem para mediar o diálogo da corte com a opinião pública.

A fragmentação dos poderes de agenda no tempo não afeta o requisito institucional do fornecimento de razões, desde que o julgamento interrompido seja finalizado, com uma decisão final e motivada sobre o mérito da questão constitucional.

Por essas razões, a fragmentação dos poderes de agenda no tempo passaria no teste de legitimidade para as teorias normativas de Sunstein, Bickel e Friedman.

4.2. A fragmentação em diversos atores: a legitimidade sem eficácia

A fragmentação do poder de agenda em diversos atores decorre da inexistência de uma deliberação colegiada sobre a definição da agenda de julgamento. A definição do que será julgado é influenciada pela liberação para julgamento do relator, inclusão em pauta do presidente e pedido de vista por qualquer ministro. Por ser individualizado, o juízo a respeito da formação da agenda e do tempo dos julgamentos só pode ocorrer individualmente, e não é motivado³⁵⁶. Suas consequências mais extremas são a influência na formação da maioria decisória e a determinação individual do resultado³⁵⁷.

³⁵⁵ Cf. supra, cap. 2, seção 7.1; e supra, cap. 3, seção 2.1.

³⁵⁶ É verdade que o STF pode negar conhecimento de um caso por razões formais. Contudo, essa decisão não é discricionária, como ocorre na Suprema Corte Americana. À luz do minimalismo judicial, seria possível interpretar um caso de um modo a forçar a existência de uma questão formal de inconstitucionalidade que impede a apreciação do caso. Para a teoria normativa de Bickel, essa situação seria mais delicada, pois o tribunal não pode acabar por comprometer a substância da decisão. A liberdade de escolha nessas questões procedimentais, portanto, só parece ser possível para Bickel caso a situação realmente admita essa interpretação. Caso contrário, esse tipo de comprometimento da integridade da decisão não seria admissível.

³⁵⁷ Cf. infra, cap. 3, seção 5.1.

O individualismo decisório nos poderes de agenda gera situação peculiar: ele não passa no teste de eficácia, mas passa no teste de legitimidade de três das cinco teorias normativas. Isso não abona o desenho institucional e nem o torna legítimo porque, como discutido na seção 3, as duas etapas do teste são cumulativas.

Não tendo ultrapassado o teste de eficácia, não seria sequer necessário seguir para o teste de legitimidade. A existência de ferramentas para não decidir é, nessas teorias, fundamental à legitimidade. Se o desenho institucional já tem dificuldades em atingir as finalidades vislumbradas pela teoria normativa para o uso do tempo, o desenho institucional é, apenas por essa razão, menos legítimo. Contudo, seguir no teste é relevante porque isso pode ter implicações para propostas de alteração no desenho institucional que desejem corrigir as patologias no desenho. Seguir com o teste permite identificar a raiz do problema para distintas teorias normativas, e fornece instrumental para avaliar eventuais sugestões de alteração no desenho institucional.

Da forma como desenhados, os poderes de agenda dificultam a gestão institucional sobre o tempo. Por essa razão, como será discutido na seção 5.1, esse elemento do desenho não passa no teste de eficácia³⁵⁸. Contudo, para além do risco de ineficácia, não há, nessas teorias normativas, qualquer outro elemento capaz de censurar o processo decisório sobre o tempo. Se o caráter individual dos poderes não afetasse a eficácia do controle sobre os julgamentos, todos os problemas desse desenho institucional estariam resolvidos. Essas teorias, em outras palavras, não demandam que o processo decisório sobre o tempo dos julgamentos seja colegiado.

Somente as teorias que concebem cortes como instâncias deliberativas trazem boas razões para que o processo decisório sobre o tempo seja coletivo e motivado. Isso decorre das premissas por trás da teoria normativa: se órgãos colegiados chegam a decisões melhores e mais legítimas quando utilizam o método da deliberação, isso deveria valer para qualquer tipo de decisão, inclusive a decisão sobre não decidir³⁵⁹. As demais teorias normativas que demandam a existência de ferramentas para não decidir depositam a legitimidade de cortes constitucionais em outros elementos. Para Bickel, cortes são legítimas porque funcionam como uma espécie de fórum de princípio, fornecendo argumentos inexistentes na arena política. Para Friedman e Sunstein, cortes são legítimas

³⁵⁸ Cf. *infra*, cap. 3, seção 5.1.

³⁵⁹ Este elemento será retomado na seção 6.2.1. Teorias normativas que concebem cortes como instâncias deliberativas também valorizam a dosagem do contexto político da decisão, como discutido no capítulo 2, seção 7.3. Elas não trazem, contudo, soluções de como harmonizar essas duas demandas. Essa contradição será explorada na seção 7 deste capítulo 3..

porque estímulo ao diálogo, o que não depende de um processo decisório deliberativo no tribunal. Esse estímulo pode ocorrer por meio do fornecimento de razões para mediar o diálogo com a opinião pública, no caso de Friedman. Já no caso de Sunstein, ele é estimulado quando a corte decide o mínimo possível, de modo a dar espaço para que o legislativo atue em questões que são de sua competência³⁶⁰.

Tanto as virtudes passivas de Bickel, quanto o minimalismo judicial de Sunstein e o constitucionalismo popular mediado de Friedman são construídos a partir do desenho institucional da Suprema Corte Americana. A partir deste desenho, os autores exemplificam a utilização das ferramentas de controle da agenda.

Essas teorias não fazem considerações normativas sobre o processo decisório a respeito do tempo dos julgamentos. Isso impede a qualquer constatação categórica de que a fragmentação dos poderes de agenda em diversos adores seria recomendada por essas teorias³⁶¹. Contudo, é possível comparar o desenho dos poderes de agenda no STF com o desenho institucional que os autores utilizam para ilustrar sua teoria. Se o desenho é utilizado pelos autores, é possível pressupor que seja tido pela teoria normativa como uma forma possível ou, ao menos, tolerável de viabilizar ferramentas para não decidir.

Essa comparação revela que o aspecto individual da decisão é indiferente a essas teorias e, com isso, aprovado na segunda etapa do teste de legitimidade. Todos os exemplos trazidos por Bickel e Sunstein³⁶² para ilustrar virtudes passivas envolvem uma espécie de interação colegiada prévia, seja ela por meio da agregação (no caso da *certiorari*) ou pela interação colegiada que resulte no oferecimento de razões formais para negar a admissibilidade³⁶³. Contudo, como discutido no capítulo 2, o desenho institucional da Suprema Corte Americana (i) não exige motivação nas decisões sobre a agenda de julgamentos, isto é, não demandam a razão sincera que levou cada ministro a votar pela negativa de jurisdição. Por essa razão, também essas decisões (ii) são caracterizadas por algum grau de individualismo.

³⁶⁰ Cf. *supra*, cap. 2, seção 4.2, 7.1 e 7.2.

³⁶¹ É possível que essas teorias não repute o desenho institucional essencial à construção da legitimidade e, por isso, sequer reflitam sobre o processo decisório. Contudo, este trabalho parte da premissa de que o desenho institucional importa. Logo, mesmo para teorias normativas que não reconhecem a importância do desenho institucional, é necessário identificar premissas institucionais.

³⁶² Como discutido no capítulo 2, o autor exemplifica sua teoria a partir das ferramentas a partir da decisão por conceder ou não a *certiorari*, pelo reconhecimento ausência de interesse processual (*standing*), ausência de amadurecimento de um caso (*ripeness*) ou pelo que denomina doutrina da questão política.

³⁶³ A própria votação pela admissão ou não da *certiorari* é objeto de diversos estudos que procuram avaliar a existência ou não de estratégias para antecipação de resultado de casos ou maximização de preferências individuais, o que coloca em dúvidas até que ponto a própria influência na formação da maioria decisória seria um problema. Esse ponto será retomado na seção 5.5.

Ainda que os exemplos existentes na Suprema Corte Americana sejam de decisões colegiadas, eles são procedimentos agregativos e discricionários. Os votos de cada um dos juízes são somados, com um quórum que nem sequer é de maioria³⁶⁴. Cabe a cada juiz refletir individualmente se acredita que caso está maduro e se aquele é o melhor contexto para decidir. Não há, contudo, espaço para cada juiz justificar porque entende não ser o melhor momento para julgar. Não há deliberação, e tampouco previsibilidade a respeito de quais casos serão selecionados, pois a jurisdição é discricionária. Bickel chega a indicar que o juízo a respeito de quando julgar não é uma decisão relacionada a princípios e, por essa razão, não precisaria ser motivada³⁶⁵.

Portanto, se houver algum valor normativo que torne o processo decisório da agenda de julgamentos da Suprema Corte Americana superior àquele existente no Supremo Tribunal Federal, este será a clássica noção de que mais cabeças têm maior probabilidade de chegar a resultados corretos. Mesmo essa justificativa, contudo, causaria estranhamento porque as reflexões que um tribunal realiza a respeito do melhor contexto para julgar não podem ser equiparadas a juízos realizados sobre o mérito de questões jurídicas³⁶⁶.

A ausência de engajamento colegiado no processo decisório sobre a agenda de julgamentos também não é um problema para o constitucionalismo popular mediado de Friedman, que reconhece virtudes na elaboração do calendário de julgamentos por seus benefícios no manejo da recepção das decisões pela opinião pública.

O processo decisório a respeito do calendário de julgamento, na Suprema Corte Americana, é ainda mais obscuro que aquele envolvido na decisão do *writ of certiorari*. Não há informações a respeito de quem tem, na Suprema Corte Americana, a competência para definir a exata data do julgamento de cada caso cuja jurisdição foi concedida. A decisão é genericamente atribuída “à corte”, e não parece haver uma deliberação oficial a respeito³⁶⁷.

³⁶⁴ O próprio Bickel aponta que esse quórum poderia ser um contrassenso, mas sem refletir normativamente sobre suas consequências, como discutido no capítulo 2 (cf. supra, cap. 2, seção 5).

³⁶⁵ Cf. supra, cap. 2, seção 7.1.

³⁶⁶ No capítulo 2, essa vantagem de decisões colegiadas foi denominada probabilidade epistêmica (Cf. supra, cap. 2, seção 5). Causa estranhamento, contudo, aplicar essa lógica para avaliações políticas e de conjuntura, porque é mais difícil identificar objetivamente o melhor resultado possível. Trata-se, por isso, de uma agregação de preferências, e não de julgamentos. Os atores podem, além disso, partir de informações distintas para decidir, o que faria com que estivessem respondendo questões distintas que tem bem mais do que duas respostas possíveis. Por todas essas razões, parece difícil aplicar a noção Condorcetiana de probabilidade epistêmica para esse tipo de decisão.

³⁶⁷ Barry Friedman, ao referir-se à definição do calendário, faz menção à corte como se fosse um agente coletivo. O mesmo ocorre em EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard The best for last:

Deste modo, também para Friedman a ausência de engajamento colegiado parece ser normativamente indiferente. Isso porque ela não afeta o único requisito institucional indispensável a uma decisão parece ser a existência de fundamentação: a existência de razões capazes de mediar a interlocução com a opinião pública por meio da qual o significado da Constituição é construído.

Conclui-se, portanto, que a ausência de engajamento colegiado não é, por si só, oposta à teoria normativa de Bickel, Sunstein e Friedman. Se a ausência de engajamento colegiado na definição do tempo dos julgamentos já é, por si só, indiferente a essas teorias normativas, o mesmo pode ser dito de suas consequências mais extremas – a influência na formação da maioria decisória e a decisão individual sobre o mérito.

A noção de que as virtudes passivas seriam necessárias para garantir a decisão correta, presente em Bickel,³⁶⁸ torna a avaliação sobre o tempo do julgamento dependente de um duplo juízo, prévio, a respeito de (i) qual é a decisão correta, com base em princípios e não a partir de considerações circunstanciais, e (ii) qual é o melhor momento para decidir, de modo a atingir esse resultado. Do mesmo modo, a noção de minimalismo judicial de Sunstein depende de um prévio juízo a respeito do conteúdo do caso, verificando se ele envolve questões nas quais há intenso desacordo moral.

Por essa razão, a influência na formação da maioria decisória retrata justamente a finalidade das ferramentas para não decidir³⁶⁹: adiar o início de um julgamento ou sua finalização para assegurar que a decisão correta seja proferida, sem ter de comprometer a integridade dos princípios que a fundamentam, para Bickel, ou possibilitar uma decisão com conteúdo minimalista, que não resolva de modo definitivo a questão, para Sunstein.

Nada parece impedir, portanto, que a preferência sincera de cada um dos juízes oriente considerações estratégicas destinadas a avaliar o melhor momento para decidir naquele sentido e, simultaneamente, a preservar a corte como instituição. À luz dessa teoria, não seria problemático que um juiz postergasse um julgamento para garantir que as circunstâncias políticas e sociais sejam oportunas ao mérito da decisão que ele

the timing of US Supreme Court decisions. *Duke LJ*, v. 64, 2014, p. 993. Contudo, as regras que regem esse processo decisório – se é que ele exista – não são transparentes.

³⁶⁸ Trata-se da teoria normativa de Bickel, segundo a qual as ferramentas para deixar de decidir são importantes para que a corte seja capaz de proferir uma decisão com base em princípios. (Cf. cap. 2, seção 4.1 e seção 7.1)

³⁶⁹ O risco de uso dessas ferramentas para maximização de preferências individuais pode gerar perplexidades. Mas essa crítica atinge com a mesma intensidade o desenho institucional da Suprema Corte Americana, justamente o exemplo de Bickel. Nele existem dificuldades similares a respeito do processo decisório sobre o tempo propício, pois, como a corte é um órgão colegiado, a decisão invariavelmente dependerá da agregação de juízos de valor individuais.

genuinamente entende ser correto. Isso é verdade mesmo que a postergação do julgamento influencie a alteração no voto de alguns dos ministros. Nada parece impedir, com isso, que o tempo seja usado para influenciar na formação da vontade da maioria em casos que dividem o tribunal.

Como esses autores não têm a estrutura colegiada como pilar em sua teoria, também a possibilidade de determinação individual do resultado parece indiferente às suas teorias normativas. O essencial, para essas teorias, é que as decisões sejam motivadas e ocorram no momento oportuno. Desde que cortes sejam capazes de decidir com base em argumentos de princípios – no caso de Bickel -, tenham decisões motivadas e aptas a, com isso, mediar a interação com o debate público – no caso de Friedman, e decidam apenas quando necessário, na medida em que necessário – no caso de Sunstein, é indiferente que a decisão seja individual.

Em todos esses casos, a estrutura colegiada não é um elemento fundamental. Desde que haja uma decisão, o papel da corte será adequadamente desempenhado.

4.3. Ausência de limites institucionais à demora no julgamento

Para o minimalismo judicial de Sunstein, a perda de objeto sem decisão não é ineficaz. Se o objetivo do controle do tempo dos julgamentos é deixar espaço para que o legislativo decida, a ausência de decisão pode ser justamente o objetivo almejado pela postergação de um julgamento para momento futuro. A postergação indefinida de um julgamento seria, deste modo, justamente uma das formas de relegar ao legislativo a decisão definitiva de um caso. Contudo, mesmo à luz do minimalismo judicial de Sunstein, a postergação indefinida de um julgamento até a perda de objeto poderia ser ilegítima.

5. Vícios de eficácia nos poderes de agenda

Dois elementos do desenho institucional do STF decorrentes da fragmentação dos poderes de agenda em diversos atores podem consistir em entraves à eficácia dos poderes de agenda. O primeiro consiste na dificuldade de gestão institucional dos poderes de agenda. O segundo consiste na potencial resistência na alteração de votos proferidos, consequência da cumulação da fragmentação do poder de agenda com outros elementos do individualismo decisório não relacionados ao tempo.

A fragmentação dos poderes de agenda em atores distintos faz com que a decisão sobre o tempo do julgamento seja pulverizada em todos os onze ministros que compõem o tribunal.

Essa fragmentação pode ser prejudicial à eficácia do controle da agenda, porque dificulta a gestão individual do tempo. A descrição das virtudes dos poderes de agenda revelou a importância do controle da corte sobre quando julgar. Se todos os ministros podem obstruir um julgamento e essa decisão não precisa ser coordenada, é difícil que a corte tenha esse controle exato sobre quando um caso será julgado. Trata-se do que denomino gestão institucional do tempo, discutida no tópico 5.1.

Combinada com outros elementos do individualismo decisório não relacionados ao tempo, a fragmentação dos poderes de agenda pode também tornar a interrupção de um julgamento iniciado ineficaz à luz da teoria normativa que defende o uso do tempo para permitir decisões de princípio. Se o objetivo do uso do tempo é influenciar nas decisões – e, no limite, permitir decisões corretas –, a obstrução de um julgamento só é útil se o resultado ainda for incerto.

Se um julgamento é iniciado e interrompido, e considerando que o procedimento decisório no STF é caracterizado, em geral, pela votação sequencial, existe um risco de que a posição de ministros que já votaram seja inalterável. Nessa hipótese, o manejo do tempo seria ineficaz. É o que discuto no tópico 5.2.

5.1. Dificuldade na gestão institucional do tempo

A fragmentação dos poderes de agenda em diversos atores dificulta o controle direto sobre o tempo dos julgamentos. Todos os ministros podem impedir que um julgamento seja iniciado ou finalizado. Mas nenhum ator consegue determinar o exato momento em que um caso será julgado. Isso dificulta a previsibilidade dos julgamentos, até mesmo para os membros do tribunal.

Enquanto qualquer ministro tem controle individual e exclusivo da obstrução do julgamento – poder de não julgar –, a decisão por julgar exige a concordância de todos os ministros. Se o relator libera um caso para julgamento, nada garante que ele chegará à pauta, pois isso depende do presidente. Pautar também não é garantia do julgamento, porque isso depende que nenhum ministro interrompa o julgamento com um pedido de vista. Do mesmo modo, um ministro que devolve vistas não consegue ter certeza de que o caso será pautado em breve, porque isso depende do presidente.

As teorias normativas que apontam virtudes no controle do tempo parecem exigir, de algum modo, a previsibilidade do julgamento. O desenho institucional que pulveriza o poder de julgar entre todos os ministros que compõem o tribunal pode ser um problema, porque dificulta essa previsibilidade.

Se o tempo envolve o poder de julgar e de não julgar, o desenho institucional do processo decisório sobre o tempo tem o potencial de criar tanto incentivos quanto entraves ao julgamento³⁷⁰. A fragmentação do desenho institucional do STF cria três entraves ou poderes de veto à concretização do julgamento e, com isso, favorece o *status quo*. Não julgar, em outras palavras, é muito mais fácil do que julgar: basta que um ministro se oponha ao julgamento e ele não ocorrerá.

Para que um caso seja julgado, é preciso que o relator o libere para julgamento, o presidente o pautar e todos os ministros se abstenham de interromper o julgamento por meio de pedido de vista. Por isso, todos os ministros têm iguais e exclusivas condições de impedir a ocorrência de um julgamento³⁷¹.

Disto decorre que, da forma como desenhado, o processo decisório de definição da agenda de julgamentos do STF favorece o não julgamento. A existência de três filtros ao julgamento pode prejudicar a previsibilidade de seu contexto e, conseqüentemente, diminuir o potencial do poder de agenda.

No caso do desenho do STF, o juízo de valor a respeito de qual é a melhor decisão e qual o momento mais propício para que ela seja tomada não é motivado e, para todo efeito, só pode ser individual³⁷². Como o desenho institucional do STF concentra os poderes de não julgar, o juízo a respeito de qual é o momento mais propício para decidir pode ser exercido individualmente por todos os onze ministros que compõem o tribunal. A decisão individual e fragmentada em etapas faz, deste modo, com que possam existir onze juízos conflitantes a respeito de qual é o momento mais propício para o julgamento. Até porque esse juízo a respeito do tempo parece se confundir com um juízo prévio a respeito de qual é o melhor resultado.

³⁷⁰ Os poderes de julgar e de não julgar podem ser representados por dois extremos de uma reta. Se o tempo é valorizado, é lançar a hipótese de que o desenho institucional ideal se encontre exatamente no meio termo entre favorecer o julgamento de um caso e impedir que ele ocorra.

³⁷¹ A situação muda se houver de cumulação de monocráticas com essa faceta do poder de não julgar. Em razão dessa cumulação, julgar individualmente também torna-se mais fácil. Esse elemento será discutido na seção 6.2.2.

³⁷² É possível que exista algum mecanismo informal de troca de razões a respeito dessas prioridades. Faltam pesquisas empíricas destinadas a avaliar este componente. Por isso, até onde se sabe, é possível afirmar que a decisão sobre tempo é individual.

Para as teorias normativas que valorizam o contexto político por seus benefícios trazidos à maximização do potencial deliberativo, a fragmentação do poder de agenda em diversos atores pode dificultar a coordenação e a previsibilidade na tarefa de definição do tempo de julgamento, isto é, dificultaria um cálculo a longo prazo e a definição precisa do tempo adequado. Prejudicaria, com isso, o cálculo da instituição a respeito de qual seria o contexto para decidir de modo a ampliar sua performance deliberativa³⁷³.

5.2. Ineficácia no manejo do tempo

Há quem argumente que a interrupção de um julgamento iniciado poderia ser utilizada como ferramenta eficaz para obstruir a finalização de um julgamento e, com isso, permitir que ela ocorra em um contexto mais adequado à decisão com base em princípios, nos termos do que previsto por Bickel³⁷⁴. É verdade que a interrupção de um julgamento pode, a depender das circunstâncias, atingir esse resultado. Contudo, se ela ocorre depois que muitos votos já foram proferidos, ela é menos eficaz na tarefa de adiar a decisão.

Combinada com outros elementos institucionais e comportamentais que caracterizam a dinâmica do Supremo Tribunal Federal, é possível que a interrupção de julgamentos iniciados não seja eficaz, se o objetivo da interrupção do julgamento for permitir decisões corretas³⁷⁵.

No procedimento de votação das sessões de julgamento do STF, os votos são tomados individualmente, em ordem sequencial e decrescente de antiguidade, salvo hipótese de adiantamento espontâneo. Isso significa que, quando um ministro interrompe julgamento iniciado, o faz quando alguns dos votos já foram proferidos.

A ineficácia da interrupção de julgamentos ocorreria na seguinte situação hipotética: o julgamento tem início, e alguns ministros proferem seus votos. Quando chega em sua vez de votar, um ministro pede vista dos autos e interrompe o julgamento. O faz na esperança de que, postergando-o para um momento futuro, o tribunal seja capaz

³⁷³ Isso seria resolvido com uma coesão dentro da corte a respeito da estratégia política da instituição. Cabe saber se o desenho institucional pode e consegue estimular uma coesão na estratégia política. Caso não consiga, resta saber qual arranjo é capaz de estimulá-la. Se o desenho institucional não puder estimular, cabe saber como conseguir uma coesão na estratégia política do tribunal.

³⁷⁴ Carolina Chagas já sustentou este argumento, ao analisar a figura do pedido de vista. (cf. CHAGAS, Carolina Alves. **O supremo, uma ilha: o impacto das virtudes ativas e passivas do STF na democracia deliberativa brasileira**, Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, 2016.)

³⁷⁵ Trata-se da virtude descrita no tópico 2.1, à luz da teoria normativa de Bickel.

de proferir a decisão correta sem que tenha de comprometer os princípios em razão de pressões políticas circunstanciais. Após devolvidas as vistas e retomado o julgamento, tomam-se os votos apenas dos ministros faltantes, e nenhum dos ministros que já votou na sessão anterior opta por votar novamente ou mesmo alterar seu posicionamento, sob o pretexto de que já votou. A situação é ainda mais caricata na hipótese em que, quando interrompido o julgamento, mais de seis votos em um mesmo sentido já foram proferidos.

Em verdade, a ordem sequencial não impede que, até o final do julgamento, um ministro mude seu posicionamento. Essa ordem nem sequer é estanque, pois é possível que votos sejam adiantados. Contudo, existe uma possibilidade de que, uma vez tendo proferido seu voto, um ministro opte por não alterá-lo. Essa mera possibilidade é indício de que o desenho institucional do STF pode levar à ineficácia da interrupção de julgamentos iniciados³⁷⁶.

O dimensionamento da eficácia da interrupção de julgamentos iniciados está, em verdade, condicionado a uma constatação empírica ainda inexistente na literatura: a resistência na alteração de votos já proferidos, independentemente da passagem do tempo. A prova da resistência na alteração de votos proferidos demonstraria que a interrupção de julgamentos iniciados é certamente ineficaz. Por outro lado, caso seja constatado que ministros têm iguais chances de alterar seu posicionamento, independentemente do fato de terem votado em assentada anterior ou da passagem de tempo, a interrupção de julgamentos iniciados não seria um problema à eficácia. Votos já proferidos que eventualmente tenham comprometido a integridade dos princípios em nome de concessões circunstanciais poderão ser reformulados e adequados a razões de princípios, quando presentes as circunstâncias favoráveis. Se um ministro manteve seu voto, é porque tem convicção de que aquela é a melhor decisão de princípios e optou por, mesmo em um momento futuro, continuar votando no mesmo sentido.

Mesmo sem essa constatação empírica, é possível dizer que o desenho institucional do STF traz consigo o risco de que, em razão da resistência dos pares em cogitar uma nova apreciação do caso, a interrupção de julgamentos iniciados seja pouco eficaz para permitir decisões corretas.

³⁷⁶ Caso essa constatação se mostrasse verdadeira, seria possível supor que os riscos à eficácia da interrupção de julgamento iniciado sejam diretamente proporcionais a quão avançado se encontrar o julgamento. A interrupção de um julgamento com maioria formada, por exemplo, dificilmente funcionaria como uma ferramenta para deixar de decidir. Os votos proferidos não seriam alterados, e o posicionamento do tribunal já estaria praticamente definido a partir das circunstâncias políticas daquele contexto e da necessidade de comprometimento substantivo da decisão.

No caso-exemplo do financiamento de campanha mencionado no capítulo 1, o julgamento foi interrompido após a existência de maioria decisória formada. Era possível, evidentemente, que o voto-vista tivesse convencido os ministros que votaram na assentada anterior a alterarem sua posição quando do retorno do julgamento. Não foi, contudo, o que ocorreu. Após retomado, o julgamento foi finalizado em sentido igual àquele indicado no momento da interrupção. O risco de que uma interrupção de julgamento diminua as chances de reversão ou alteração nas posições já permite a listagem deste elemento institucional como uma potencial patologia.

É preciso a ressalva, contudo, de que o risco de ineficácia da interrupção de julgamentos iniciados é decorrência do risco de resistência na alteração de votos já proferidos. Ele não é, por isso, causado exclusivamente pelo modo como desenhados os poderes de agenda. A resistência na alteração de votos pode ocorrer sob influência de elementos do desenho institucional ou do comportamento dos ministros. No que diz respeito ao desenho institucional, pode-se mencionar (i) o modelo decisório no qual os votos são tomados individualmente e (ii) sequencialmente. Já o comportamento dos juízes, avessos a alterarem seu posicionamento, pode decorrer, dentre outras hipóteses, em razão da exposição midiática e televisiva do tribunal, bem como em razão da ausência de colegialidade³⁷⁷.

A ausência de substrato empírico não permite conclusões a respeito da eficácia da interrupção do julgamento iniciado como ferramenta para possibilitar decisões corretas, com base em princípios. É possível, contudo, afirmar que este é um risco. Em uma situação hipotética muito restrita, é possível afirmar que isso sempre ocorre: a interrupção de julgamento e retorno apenas após a aposentadoria de ministros que já proferiram seus votos. Nessa hipótese, há a impossibilidade fática de alteração no posicionamento já externado, porque persiste valendo o voto do ministro aposentado, e seu sucessor não participa do julgamento³⁷⁸.

³⁷⁷A ausência de uma interação voltada ao consenso é um dos problemas diagnosticados por SILVA, Virgílio Afonso, *Deciding without deliberating*, **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013. É verdade que essa afirmação normativa costuma partir de exemplos nos quais o tempo do julgamento não é um fator envolvido. Ainda assim, essa premissa permitiria lançar a hipótese de que, uma vez proferido um voto, o ministro dificilmente mudará seu posicionamento, independentemente da passagem de tempo.

³⁷⁸ Mesmo nessa hipótese, há ressalvas importantes a serem feitas: em processos longos, com muitas partes e muitos incidentes processuais, é possível que a corte delibere sobre mais de uma questão. A interrupção de julgamento iniciado e aposentadoria de parte dos ministros votantes não impede necessariamente que seus sucessores votem em outros incidentes processuais futuros, ou mesmo na modulação de efeitos. O caso do mensalão é um exemplo no qual houve mudança na composição da corte, com ministros distintos votando incidentes processuais distintos.

Portanto, nesta hipótese, o retorno de um julgamento tem menos abertura para uma decisão, pois boa parte de seu resultado já é imutável. Neste caso em específico, é possível dizer que a interrupção do julgamento iniciado não funcionaria como uma eficaz ferramenta para não decidir.

6. Vícios de legitimidade nos poderes de agenda

A segunda etapa do teste avalia a legitimidade do desenho institucional de controle do tempo do julgamento. Mesmo se as ferramentas de controle do tempo no STF fossem plenamente eficazes para atingir as finalidades normativas do controle do tempo, isso não significa de imediato que seriam legítimas. Essa constatação depende da segunda etapa do teste, que consiste na seguinte questão: ao tentar atingir a finalidade do controle do tempo dos julgamentos, o desenho institucional fere algum outro elemento que é nuclear à legitimidade democrática, para cada uma das teorias normativas?

O desenho institucional do STF não passa no teste de legitimidade para nenhuma teoria normativa. Para todas as teorias normativas, uma patologia em comum impede o sucesso na segunda etapa do teste: a ausência de decisão. A ausência de decisão decorre da falta de critérios ou limites precisos à demora do julgamento, e tem por consequência o esvaziamento da função de cortes constitucionais.

Algumas patologias decorrem diretamente do desenho institucional dos poderes de agenda. Elas serão discutidas no tópico 6.1. Se os poderes de agenda forem cumulados com outros elementos do individualismo decisório não relacionados ao tempo, a fragmentação dos poderes de agenda em diversos atores ganha novos significados e, com isso, novas patologias. Elas serão discutidas na seção 6.2.

6.1. Patologias diretas

Esta seção descreve as patologias que decorrem diretamente do desenho institucional das regras sobre liberação para julgamento, inclusão em pauta e interrupção por pedido de vista. Diretamente, o desenho institucional dos poderes de agenda pode levar à ausência de decisão, a prejuízos para a performance deliberativa, e ao aumento do risco de captura. A ausência de decisão fere a legitimidade democrática em todas as teorias normativas mapeadas, prevejam elas ou não uma concepção de política judicial na qual o controle do tempo é visto como uma virtude. O risco de captura, por sua vez, seria uma patologia para todas as teorias normativas que valorizam o elemento da

imparcialidade³⁷⁹. Já os prejuízos à performance deliberativa seriam uma patologia apenas para as teorias normativas que demandam a estrutura colegiada, seja por conceberem cortes constitucionais como instâncias deliberativas, seja por concebê-las como fóruns de princípios.

6.1.1. Ausência de decisão

A ausência de limites temporais à demora do julgamento tem como consequência o risco da ausência de decisão. Este elemento do desenho institucional dos poderes de agenda no STF não passa tanto no teste de eficácia quanto no teste de legitimidade de quase todas as teorias normativas mapeadas. Como os fundamentos para reprovar nos testes de eficácia e legitimidade são os mesmos, a análise foi aglutinada nesta seção.

Os poderes de agenda previstos no desenho institucional do STF possibilitam que o início ou finalização de um julgamento seja indefinidamente postergado, até a decisão perca sua razão de ser. A indefinida postergação de um julgamento decorre da ausência de limites na demora de julgamentos no desenho institucional do STF, e é certamente ineficaz para três das quatro teorias normativas que defendem a importância do controle sobre o tempo dos julgamentos.

Se o objetivo do controle do tempo dos julgamentos é permitir decisões de princípios, dosar a reação da opinião pública ou maximizar a performance deliberativa, o poder sobre o tempo dos julgamentos tem um limite: é preciso haver, em algum momento, um julgamento a respeito do conteúdo da questão constitucional. A eficácia dos mecanismos de controle do tempo depende que eles sejam capazes de viabilizar uma decisão no momento adequado. Na ausência de qualquer decisão, eles seriam, com isso, ineficazes.

Não é possível dizer, além disso, que a perda de objeto sem decisão poderia ter consequências similares à negativa da jurisdição por meio da decisão de *certiorari*. A perda de objeto em nada se relaciona com a negativa de jurisdição. No caso da negativa de jurisdição por meio da decisão de *certiorari*, a Suprema Corte Americana fecha as portas para a apreciação do caso, mas nada impede que, no ano seguinte, volte a apreciar

³⁷⁹ Cf. supra, cap. 2, seção 6. No capítulo 2, demonstrei como todas as teorias normativas que fazem menção ao elemento do insulamento da política têm como premissa um ideal amplo de independência judicial, concebido como independência do governo e também de partes e quaisquer outros grupos de interesse. Este ideal de imparcialidade também surge em teorias normativas que concebem cortes constitucionais como instâncias deliberativas, como um pré-requisito à deliberação.

sua admissibilidade. Se negar sucessivas vezes a *certiorari*, o caso jamais será, de fato, julgado. Já no caso da perda de objeto, isso nem sempre ocorre.

Em verdade, é possível que caso seja extinto por perda de objeto e, tempos depois, outro caso similar, envolvendo controvérsia concreta distinta, chegue novamente à corte. Há casos de perda de objeto no STF, contudo, nos quais isso é impossível, seja porque as circunstâncias fáticas eram muito particulares e dificilmente replicáveis, seja porque a perda de objeto ocorreu em razão da mudança no parâmetro normativo³⁸⁰.

A perda de objeto pode ser eficaz para o minimalismo judicial de Sunstein. Se o objetivo do controle do tempo dos julgamentos é deixar espaço para que o legislativo decida, a ausência de decisão pode ser justamente o objetivo almejado pela postergação de um julgamento para momento futuro. Mas a postergação indefinida de um julgamento até a perda de objeto poderia ser ilegítima. O minimalismo judicial não pode ser aplicado em casos que envolvem a supervisão de questões procedimentais da democracia. Essas questões devem ser sempre decididas, com decisões que abordem todo o mérito. Além disso, o minimalismo é restrito a algumas circunstâncias: deve ser aplicado quando não há consenso sobre a melhor decisão, quando o tribunal não possui informações suficientes para decidir ou quando a temática ainda polariza muito a sociedade. Da forma como os poderes de liberação, pauta e vista são desenhados no STF, não há nenhuma limitação institucional à demora. Qualquer caso pode acabar sem decisão, ainda que envolva questões relativas ao processo democrático. É por essa razão que esse elemento também reprova no teste para o minimalismo judicial.

Deste modo, a ausência de decisão pode até passar no teste de eficácia nas teorias normativas mapeadas, mas não necessariamente passa no teste de legitimidade. Aliás, o risco de ausência de decisão reprova no teste de legitimidade para todas as teorias normativas mapeadas.

Teorias que defendem a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade o fazem porque acreditam que o controle de constitucionalidade faz alguma diferença na democracia. Isso pode ocorrer pelas mais variadas formas – estímulo ao diálogo, interlocução com a opinião pública, oferecimento de uma arena institucional para obstar legislações potencialmente danosas a direitos, ou catalisação de um diálogo com a sociedade. Sem uma decisão, a corte deixa de desempenhar seu papel na democracia.

³⁸⁰ É que ocorreu em um dos exemplos citados no capítulo 1 (cf. supra, cap. 1, seção 3.4).

O caso mais extremo de abuso do poder de não julgar é a hipótese de postergação do julgamento que leve à perda de objeto sem que qualquer decisão tenha sido proferida³⁸¹. Nela, os efeitos práticos são similares àqueles da improcedência, mas sem que exista efetivamente uma decisão e, conseqüentemente, sem qualquer fundamentação³⁸².

A visão de cortes constitucionais como pontos de veto estabelece que cortes constitucionais são arenas às quais atores políticos podem recorrer para questionar determinada decisão política potencialmente violadora de direitos. Essas teorias não demandam muito pouco em termos institucionais. Mas parece ser essencial que exista uma decisão com o potencial de, no limite, alterar o status quo. Apenas a chance de uma decisão viabiliza o entrave institucional à aprovação de leis potencialmente danosas a direitos. Se existir o risco de que a decisão perca objeto sem ser julgada, a corte constitucional pode deixar de ser vista como uma arena à qual os atores podem recorrer para evitar lesões a direitos. É por isso que a perda de objeto sem uma decisão seria problemática para essa teoria normativa, pois, no limite, ela equivaleria à ineficácia daquela arena como entrave institucional. Se o entrave for absolutamente ineficaz, fica enfraquecida a função de veto.

A existência de uma decisão fundamentada é essencial para as teorias que depositam a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade na natureza das razões fornecidas³⁸³. Se não houver uma decisão com fundamentação, a Corte deixaria de exercer seu papel e perderia o elemento fundamental que justifica sua importância na

³⁸¹ Isso não significa que a perda de objeto ocorra exclusivamente por conta do tempo. Diversos outros entraves na instrução do processo (demora das partes, PGR ou AGU para prestarem informações, grande quantidade de *amici curiae*, de envolvidos ou mesmo alterações fáticas ocorridas dentro de um tempo razoável) podem ocasionar a perda de objeto, independentemente do exercício desses poderes individuais.

³⁸² Cabe uma relevante ressalva: é possível que, na decisão de perda de objeto, os juízes façam considerações de mérito, a exemplo do que ocorreu n HC 84.025, mencionado em nota de rodapé no capítulo 1 (cf. supra, cap. 1, seção 3.2, nota 89.). O caso consistia em um *habeas corpus* preventivo impetrado por mulher grávida de feto anencefálico, que pretendia realizar o aborto. O caso perdeu objeto em razão do nascimento da criança, mas parte dos ministros fez questão de marcar seu posicionamento favorável à interrupção da gravidez. Esse tipo de consideração poderia ter alguma consequência benéfica, a depender do papel que se concebe a uma Corte Constitucional. Mesmo nesses casos, contudo, trata-se de um resultado imperfeito que depende da boa vontade dos ministros que compõem o tribunal no sentido de fornecerem alguma diretriz relacionada à substância do caso. Essas considerações, além disso, não valerão para fins de orientação de decisões futuras do tribunal e não beneficiarão as partes envolvidas no caso. O próprio caso narrado é um exemplo: o HC 84.025 é datado de 2004. A decisão que, para todos os efeitos, reconheceu a possibilidade de aborto de feto anencefálico ocorreu anos depois, em 2008. A existência de manifestações favoráveis no tribunal pode ter estimulado atores a ingressarem com um litígio no tribunal – o que é, sem dúvidas, algum efeito –, mas seu alcance é bem inferior àquele que existiria na hipótese de uma efetiva decisão de mérito.

³⁸³ O argumento está presente nas teorias de Dworkin e Rawls como desenvolvido na seção 1 e no capítulo 2 (cf. supra, cap. 2, seção 4.1).

democracia. A decisão que reconhece a perda de objeto é fundamentada. Mas a fundamentação que justifica a perda de objeto não aborda o mérito da questão constitucional. Portanto, não se vale de razões de princípio e não contribui para o debate com argumentos inexistentes em outras arenas decisórias.

A ausência de qualquer decisão ou justificação também teria consequências negativas para a independência judicial. Perde-se em transparência e facilita-se, assim, a possibilidade de captura do tribunal por atores interessados na manutenção do *status quo*. A decisão que reconhece a perda de objeto tem ônus argumentativo baixíssimo: basta afirmar que houve uma mudança normativa ou fática que causou a inutilidade da decisão. Deste modo, torna-se fácil que, por exemplo, um ministro relator deixe de liberar um caso para julgamento e, após a mudança no contexto fático ou normativo, decida monocraticamente reconhecendo a perda de objeto. Bastaria, assim, a vontade de um ministro para que um caso jamais fosse decidido. Os efeitos práticos seriam similares àqueles da improcedência – o status quo não seria alterado –, mas sem qualquer ônus argumentativo, nem mesmo aquele existente em decisões individuais³⁸⁴.

À luz do constitucionalismo popular mediado de Friedman, é possível que exista uma diferença entre a perda de objeto antes do início do julgamento e a perda de objeto após iniciados os debates, mas interrompidos por suspensão do julgamento ou pedido de vista³⁸⁵⁻³⁸⁶.

Isso porque o desenho institucional do plenário físico do STF prevê deliberações abertas e televisionadas em tempo real, por meio das quais os ministros expõem, individualmente e em ordem pré-definida de antiguidade, um resumo de seus votos previamente elaborados³⁸⁷. Após a finalização do julgamento, publica-se um documento escrito que agrega a íntegra dos votos, o relatório e debates ocorridos durante o

³⁸⁴ O risco de captura, portanto, é maior do que aquele existente na hipótese de combinação de liminares monocráticas com a obstrução indefinida do julgamento. Na hipótese de determinação individual do resultado existe ao menos uma decisão motivada. Essa hipótese será discutida no tópico 6.1.3.

³⁸⁵ Essa situação poderia ocorrer quando qualquer ministro interrompe julgamento com pedido de vista, ou quando o presidente deixa de reinserir na pauta um caso com julgamento suspenso. Nessas hipóteses, o julgamento teve início e, muitas vezes, contou com parte dos votos.

³⁸⁶ O mesmo pode ocorrer se o posicionamento de alguns dos ministros for antecipado na decisão de perda de objeto, a exemplo do que ocorreu no HC 84.025, é possível que algum debate seja suscitado por essa decisão. Ainda assim, o alcance da decisão será significativamente menor (cf. *supra*, nota 447)

³⁸⁷ Esse modelo decisório é amplamente criticado na literatura por quem parte da premissa da deliberação. É prejudicial à performance deliberativa que um debate que tenha início com votos prontos.

juízo³⁸⁸. Por fim, os ministros muitas vezes liberam seus votos nas notícias do site antes da finalização do julgamento.

Para o autor, a existência de uma fundamentação que possa mediar a interlocução com o debate público é fundamental. No cenário de perda de objeto após o início do julgamento, algum debate chegou a ocorrer. É possível imaginar, por exemplo, um cenário hipotético no qual determinado julgamento é iniciado, com alguns votos proferidos, mas interrompido por pedido de vista. Esse pedido de vista jamais é devolvido e, em razão da revogação da norma impugnada – por exemplo, uma lei estadual, a ação perde objeto. Esse cenário não equivale à finalização de julgamento, mas é de se supor que tenha consequências normativas distintas, por duas razões. Em primeiro lugar, porque (i) em razão do televisionamento das sessões, a justificativa dos votos é disponibilizada em tempo real, durante a sessão, ainda que venha a ser posteriormente veiculada no acórdão. Em segundo lugar, porque, (ii) como indicado, é possível que votos sejam antecipadamente publicados. Disto decorre que também razões escritas, ainda que esparsas e de modo informal, podem estar disponíveis mesmo antes do final do julgamento.

Essa distinção atenta ao fato de que é necessário entender que formato deve ter a justificativa³⁸⁹. Como o autor não aborda o desenho institucional para além de exemplos, não é possível concluir qual deve ser o formato da justificativa para que ela possa estimular o debate público³⁹⁰. Mas é possível imaginar que, a depender das circunstâncias, a existência de algum debate pode ser suficiente. Seguindo no exemplo hipotético, é possível que as próprias indicações trazidas na sessão de julgamento motivem uma polarização no debate público, reações e até a revogação da norma impugnada.

Para teorias normativas que concebem cortes como instâncias deliberativas, a perda de objeto sem qualquer decisão impede qualquer engajamento colegiado. A deliberação

³⁸⁸Esse documento não é necessariamente representativo do que ocorreu durante a sessão de julgamento. Nesse sentido, cf. KLAFKE, Guilherme Forma, *Os Acórdãos do STF como documentos de pesquisa e suas características distintivas*, Rochester, NY: **Social Science Research Network**, 2015.

³⁸⁹Essa questão não se relaciona com a natureza da justificativa em si, mas apenas ao seu formato. É evidente que as razões presentes nas decisões do STF podem ser questionadas, por exemplo, a partir dos parâmetros de integridade estipulados por Dworkin. Mas essa é uma crítica à qualidade da decisão, e não ao desenho. Essa crítica à qualidade da decisão pode ser realizada independentemente do desenho, seja ele por justificativa oral ou escrita.

³⁹⁰A ausência de considerações institucionais e de preocupação direta com essa distinção é um reflexo de suas premissas. Para Barry Friedman, o ponto de partida é um mapeamento descritivo do funcionamento da Suprema Corte Americana. O autor tem inspiração naquele desenho e, por isso, nem sequer vislumbra um desenho no qual o fornecimento de razões ocorra em duas etapas.

é, com isso, interrompida na fase pré-deliberativa. Trata-se de elemento altamente deletério à performance deliberativa da corte. Na ausência de decisão, não há nenhuma fundamentação ao mérito da questão constitucional, tampouco interlocução com atores externos. No caso da perda de objeto após o início do julgamento ou em casos nos quais alguma posição é antecipada, existe alguma interlocução, e algum tipo de fornecimento de razão. Ainda assim, a performance deliberativa, nessas hipóteses, é consideravelmente inferior quando comparada com aquela existente na hipótese em que um tribunal delibera sobre o mérito da questão.

Por fim, a perda de objeto sem decisão pode ser ilegítima mesmo à luz do minimalismo judicial de Sunstein. É verdade que, para o autor, o controle do tempo pode ser utilizado para postergar decisões até que o legislativo efetivamente solucionasse a questão. Isso ocorreria, por exemplo, em um cenário hipotético no qual uma ação direta de inconstitucionalidade impugna lei federal ou estadual com o fundamento de violação da Constituição. O judiciário não tem informações suficientes para apreciar o caso sem correr o risco de errar. Por isso, ao invés de decidir, a corte deixa o julgamento para o futuro. Antes, contudo, que houvesse uma oportunidade para sua decisão, o legislativo edita nova lei que corrige a inconstitucionalidade. Com isso, o caso perde objeto sem decisão, porque a questão constitucional foi resolvida independentemente da atuação da corte constitucional. Neste cenário hipotético, a perda de objeto passaria no teste de legitimidade à luz do minimalismo judicial de Sunstein.

O uso do minimalismo judicial só seria aceitável quando presentes condições que o justificam e quando não estiverem envolvidas questões relativas ao processo democrático. O desenho institucional do STF não limita os casos nos quais admite-se a ausência de decisão. Ele não obriga a corte decidir a questões quando estiverem em jogo elementos relativos ao processo democrático. Qualquer ação pode ser postergada indefinidamente até perder objeto.

A perda de objeto tem chances de ocorrer tanto em casos nos quais o minimalismo seria recomendável quanto em hipóteses nas quais, à luz da teoria normativa de Sunstein, o judiciário teria a obrigação de decidir. Seria o caso, por exemplo, se a legislação questionada interferisse diretamente no processo legislativo ou no processo eleitoral. Deixar de decidir quando estão em jogo questões relativas ao processo democrático significa deixar de exercer seu papel como corte constitucional.

Ao mesmo tempo, existem outros elementos que dão conta de atender às demandas do minimalismo judicial, sobretudo considerando que Sunstein admite

concessões no conteúdo da decisão para viabilizar o minimalismo, isto é, ele admite a deferência procedimental. Isso significa que mesmo no caso do minimalismo judicial essa característica dos poderes de agenda é, no mínimo, questionável. Ela pode levar a cenários ilegítimos e possui alternativas institucionais capazes de atingir as finalidades do minimalismo judicial de modo mais seguro.

Por essa razão, é possível concluir que, mesmo à luz do minimalismo judicial de Sunstein, a perda de objeto sem decisão não necessariamente passa no teste de legitimidade.

6.1.2. Prejuízos à performance deliberativa

À luz das teorias normativas que concebem cortes constitucionais como instâncias deliberativas, elementos do desenho institucional dos poderes de agenda poderiam causar prejuízos à performance deliberativa.

Os prejuízos à performance deliberativa podem ocorrer em razão de três elementos: (i) inexistência de um procedimento decisório deliberativo a respeito do tempo dos julgamentos, (ii) aspecto individual da prerrogativa de interromper julgamentos iniciados, bem como (iii) ausência de previsibilidade das partes e interessados a respeito do momento em que determinado caso será julgado.

6.1.2.1. Procedimento decisório agregativo sobre o tempo

O primeiro elemento patológico seria a inexistência de um procedimento decisório deliberativo. Da forma como desenhado, o processo decisório a respeito de quando julgar pode ser considerado agregativo, por meio do exercício de cada um dos poderes de veto.

A premissa de quem concebe cortes constitucionais como instâncias deliberativas é que órgãos colegiados têm suas qualidades aprimoradas quando deliberam. Por isso, é possível inferir a existência de boas razões para que também o método de decisão sobre o tempo se valha da deliberação. É possível vislumbrar que a viabilização de um ambiente no qual o colegiado delibera sobre o tempo seja positivo pelo mero fato de criar oportunidades para a deliberação na decisão sobre quando decidir. Deste modo, a decisão sobre quando decidir também se beneficiaria do engajamento colegiado, o que tornaria esse processo decisório um elemento institucional facilitador da deliberação.

Contudo, uma deliberação sobre julgar ou não julgar um caso pode ter deficiências similares às aquelas existentes no atual método decisório, mais agregativo que deliberativo, e espelhar os problemas já existentes no procedimento decisório sobre o mérito³⁹¹. Mais do que isso, seria necessário, estruturar como essa arena de tomada de decisão sobre o tempo dos julgamentos se compatibilizaria com outros dois elementos: (i) a necessidade de agilidade na avaliação sobre quando julgar, que depende do contexto político, e (ii) a publicidade das deliberações, que caracteriza o desenho institucional do STF.

Deliberar leva tempo, e cabe aos atores que fazem parte da corte a abertura para uma troca de razões sinceras, bem como a avaliação de quando e por quanto tempo deliberar. A depender da forma como estruturada, a exigência de uma decisão deliberada, transparente e colegiada sobre quando julgar pode impedir o aproveitamento do tempo para decidir sobre o mérito³⁹². E, no desenho institucional do STF, no qual deliberações são públicas, não fica claro como compatibilizar a troca sincera de razões com a necessidade de proteger o capital político da instituição. A publicidade da exposição das razões que justificariam o tempo pode criar, deste modo, um risco à instituição e também frustrar as finalidades do manejo do contexto dos julgamentos.

Um exemplo hipotético expõe os desafios da compatibilização da publicidade da deliberação com a natureza da decisão sobre o tempo dos julgamentos. Em um cenário hipotético, determinado tribunal delibera publicamente por postergar um julgamento sobre aborto para um momento futuro, por considerar que o contexto político não é favorável à maximização da performance deliberativa. A mera deliberação pública sobre não decidir pode consistir em uma sinalização de que o tribunal pretende alterar sua jurisprudência no tema. Essa antecipação pode, por exemplo, levar a reações truculentas contra a corte.

³⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso, Deciding without deliberating, *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013.p.572

³⁹² É possível vislumbrar duas formas por meio das quais isso pode ocorrer: em primeiro lugar, a corte pode perder muito tempo na deliberação prévia sobre quando julgar um caso. Em segundo lugar, a depender da forma como estruturada essa deliberação com relação ao calendário de julgamentos da corte, essa deliberação também pode prejudicar a agilidade e o caráter circunstancial da deliberação sobre o tempo. É o caso, por exemplo, de um desenho que aglutina toda a escolha do calendário de julgamento em determinada data no ano, e depois deste momento congela o calendário de julgamentos. Essa hipótese frustraria o controle sobre o tempo, pois uma avaliação do contexto político de longo prazo não necessariamente se reflete na realidade. Esse tipo de desenho enfraqueceria a razão de ser do tempo pois esvaziaria sua capacidade de avaliação do contexto político de determinado momento. A ineficácia da solução da pauta semestral proposta por Dias Toffoli é exemplo da dificuldade de compatibilizar o tempo e questões urgentes com uma definição prévia de calendários de julgamento.

Não há diretrizes institucionais para um procedimento decisório que compatibilize a facilitação da deliberação sobre o tempo sem, com isso, obstaculizar a consideração do contexto político que também é um elemento necessário para maximização do potencial.

6.1.2.2. Obstrução individual de julgamentos

O segundo elemento patológico seria a possibilidade de interrupção individual do julgamento. A interrupção de julgamentos iniciados atende ao requisito de eficácia das teorias normativas que concebem cortes constitucionais como instâncias deliberativas. Contudo, seu aspecto individual pode ser deletério à fase decisional da deliberação.

Virgílio Afonso da Silva critica a interrupção de julgamento por pedido de vista. Ele argumenta de que, ao pedir vista de um caso, um juiz está expressamente indicando que seus pares têm nada a contribuir para sua reflexão a respeito do caso, o que denotaria ausência disposição para deliberar conjuntamente, como um *time*³⁹³. Nesse sentido, o pedido de vista parece ser um elemento institucional que desfavorece a deliberação, e, seu uso seria indício de falta de colegialidade. Além disso, a interrupção de um julgamento pode arrefecer a deliberação. Ela força uma interrupção brusca da troca de razões e, com isso, pode prejudica-la.

O foco desta crítica ao pedido de vista não parece ser, assim, a mera interrupção do julgamento por si só, mas sim o fato de ser uma opção individual que interromper ou obstruir o julgamento, destinada a uma reflexão sobre o mérito que também é individual³⁹⁴.

6.1.2.3. Ausência de previsibilidade para as partes

Os dois primeiros elementos deletérios à performance deliberativa seriam decorrência direta da fragmentação dos poderes de agenda em diversos atores. O terceiro é, em partes, consequência mediata desta fragmentação – em razão da já descrita dificuldade de gestão institucional do tempo – e, em partes, consequência do modo como desenhada a definição da pauta de julgamentos.

³⁹³ SILVA, Virgílio Afonso, *Deciding without deliberating*, **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013.p.572

³⁹⁴ A interrupção de julgamentos poderia ser uma forma eficaz de dosar a duração da deliberação (cf. supra, cap. 3, seção 4.1.1). Mas os riscos que ela traz à performance deliberativa não compensam os possíveis benefícios decorrentes do controle sobre a duração da deliberação.

Como descrito no capítulo 1, o presidente da corte não possui total controle sobre a agenda de julgamentos, pois só podem ser pautados casos já liberados para julgamento, e só são finalizados os julgamentos não interrompidos por pedido de vista. Desta característica decorre a já discutida dificuldade na gestão institucional do tempo, que cria entraves à eficácia das potenciais virtudes do controle do tempo dos julgamentos pela corte³⁹⁵. Mas a ausência de previsibilidade também pode ser prejudicial às partes, com implicações para a performance deliberativa.

Isso porque, uma vez protocolada uma ação, as partes não conseguem antever quanto tempo ela demorará para ser julgada. A liberação para julgamento não é garantia de que o caso será julgado em breve pelo plenário, em razão da necessidade de inclusão em pauta pelo presidente. O fato de uma ação ser pautada não é garantia de seu julgamento, por duas razões. Em primeiro lugar, por conta da prática consolidada de elaboração de uma pauta ambiciosa (isto é, com um número grande de casos), com o risco de não conseguir esgotá-la e sem a garantia de que, uma vez realocado para sessões seguintes, será de fato julgado. Em segundo lugar, em razão da possibilidade de interrupção do julgamento por pedidos de vista³⁹⁶ ou suspensão pelo adiantado da hora, sem que o julgamento fosse finalizado. Em ambas as circunstâncias, não há certeza a respeito de quando o julgamento ocorrerá.

O fato de partes não terem previsibilidade a respeito de quando um caso será julgado poderia prejudicar a fase pré-decisional da deliberação. Essa seria a primeira fase do núcleo da deliberação, caracterizada por uma contestação pública destinada a coletar e maximizar os argumentos de seus interlocutores³⁹⁷.

O desenho institucional do STF possui canais argumentativos institucionalizados para maximizar seus interlocutores, a exemplo das sustentações orais e participação como *amicus curiae*. A ausência de previsibilidade na pauta de julgamento pode, contudo, dificultar sua mobilização e efetiva participação. Isso é especialmente verdade na hipótese de interlocutores que possuem menos recursos materiais e pessoais para o litígio³⁹⁸. A

³⁹⁵ Cf. supra, tópico 4.2.1.

³⁹⁶ Especialmente no caso do plenário virtual, o primeiro problema é amenizado em razão da pauta cronológica e do acervo relativamente pequeno. Se o relator libera para julgamento, as partes conseguem verificar de modo preciso quando uma deliberação terá início. O segundo problema, contudo, persiste: o início de um julgamento não é garantia de que ele seja finalizado, pois isso depende de que nenhum ministro peça vista ou destaque. (cf. supra, cap. 1, seção 1).

³⁹⁷ MENDES, Conrado, *Constitutional courts and deliberative democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2013., p.106-108; Cf. também supra, cap. 2, seção 8.

³⁹⁸ Em meio ao relato dos entraves ao litígio na ADI 4275, essa dificuldade é narrada em passagem de CORTÊS, Ana de Mello, **Em busca de diálogo e reconhecimento no STF: a atuação como amicus curiae nas causas relativas a pessoas trans**, Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio

ausência de certeza a respeito de determinado julgamento pode (i) dissuadir partes e interessados a organizarem-se para o comparecimento na sessão de julgamento.

Além de desincentivar, em geral, a participação na fase pré-decisional, a ausência de previsibilidade da pauta também pode (ii) tornar essa desequilibrar essa participação, isto é, torna-la menos plural. Ambas as consequências prejudicam a maximização de argumentos que deveria caracterizar a fase pré-decisional³⁹⁹.

6.1.3. Aumento do risco de captura

A fragmentação decisória pode ter efeitos deletérios ao requisito institucional da independência judicial, pois deixaria o tribunal mais suscetível à captura⁴⁰⁰. O raciocínio segue a seguinte lógica: como o poder sobre o tempo é fragmentado, torna-se mais fácil que, controlando um ministro, o produto da atividade do tribunal seja afetado.

O diagnóstico, contudo, pode ser refinado a partir da premissa de que, no desenho institucional do STF, a fragmentação do tempo pulveriza o poder de julgar e concentra o poder de não julgar⁴⁰¹. Do binômio pulverização-concentração decorre que a facilidade de captura do tribunal é condensada no poder de não julgar.

A concentração do poder de não julgar faz com que a captura de um único ministro produza efeitos para toda a atividade da corte⁴⁰². Basta que o relator deixe de liberar o

Vargas, São Paulo/SP, 2018, p.111-112. O problema da escassez de recursos, especificamente no contexto de audiências públicas, também é narrado por GUIMARÃES, Livia Gil, **Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso, prática e lobby**, Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2017.

³⁹⁹ O diagnóstico do desequilíbrio de forças na participação não é novo na literatura, e está presente em GOMES, Juliana Cesario Alvim, *Cancelas invisíveis: Embargos auriculares, legitimidade ativa e a permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal*. **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 55–82, 2020.

⁴⁰⁰ O diagnóstico não é novo e já foi realizado por Arguelhes e Ribeiro (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, *Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*, **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 1, p. 13–32, 2018.) A fragmentação do poder de agenda, ao lado da possibilidade de determinação pura do resultado, de suas consequências práticas ou da influência na formação da maioria decisória, torna possível a captura de um único membro da corte e, com isso, influência no resultado. Essa implicação, contudo, relaciona-se à determinação pura do resultado, em suas consequências práticas ou à influência na formação da maioria decisória. Por isso, essa implicação será discutida separadamente na seção 5.2.2.

⁴⁰¹ Cf. supra, cap. 1, seção 2.

⁴⁰² Esse elemento já encontra base empírica. Em pesquisa empírica, Guilherme Duarte analisou a relação entre interesses em jogo e pedidos de vista e constatou, a partir do desenho institucional do Brasil, que cortes constitucionais nas quais juízes compartilham poderes de agenda fortes estão mais sujeitas à interferência por agentes externos, justamente pela possibilidade de impedir a finalização do julgamento. (DUARTE, Guilherme, *How Many Justices Does it Take to Control the Court*, 2018. Disponível em: <https://files.osf.io/v1/resources/by3sw/providers/osfstorage/5c0e59049cdb9f0016679950?action=download&version=1&direct&format=pdf>. Último acesso: 23.08.2020)

caso, que o presidente deixe de pauta-lo ou que qualquer ministro interrompa o julgamento por pedido de vista.

Em verdade, alguns elementos no desenho institucional limitam o exercício indefinido do poder de não julgar. A relatoria está sujeita à aleatoriedade da distribuição por sorteio. Por isso, os próprios ministros não são capazes de selecionar sobre quais casos poderão exercer o poder de escolher quando liberar um caso para julgamento. O poder de pauta é limitado a dois anos, enquanto durar o mandato da presidência. Informalmente, cada ministro tem a chance de exercer a presidência uma única vez, o que impede um veto definitivo da presidência sobre o que será pautado. O presidente pode deixar de pautar um caso por apenas dois anos, enquanto durar seu único mandato na presidência. Depois disso, terá que realizar alguma coordenação, ainda que precária, com a presidência seguinte para garantir que, se for do interesse, a postergação do julgamento continue.

O pedido de vista só pode ocorrer após o início do julgamento, o que pode aumentar seu ônus perante os pares e perante a opinião pública. Isso pode ocorrer por duas razões. Em primeiro lugar, pois parte dos votos já terão sido proferidos e, com isso, a própria interrupção do julgamento pode ser esvaziada a depender da concepção que se têm do papel do tribunal na democracia. Além disso, o pedido de vista exige uma atuação positiva do ministro no sentido de interromper o julgamento. Especialmente em razão do televisionamento das sessões de julgamento, isso pode levar a uma maior exposição midiática, aumentando o ônus da interrupção do julgamento perante a opinião pública. Contudo, essas limitações não são capazes, por si só, de remediar a concentração do poder de não julgar ou impedir a captura do tribunal⁴⁰³.

⁴⁰³ Ainda são necessárias pesquisas empíricas que procurem entender melhor as limitações ao poder de pauta e aos demais poderes de agenda. É possível lançar a hipótese, contudo, de que existam ainda outras limitações informais decorrentes (i) da urgência no julgamento de determinados casos, e (ii) da própria pressão interna ao tribunal para que determinado caso seja julgado. A segunda situação foi vista no caso da rediscussão da execução provisória da pena, discutido no capítulo 1. A então presidente, Cármen Lúcia, estava a princípio reticente a pautar a ação, e apenas após pressão no tribunal – revelada por diversas afirmações de ministros à mídia – acabou pautando a discussão. É verdade que, naquele caso, a opção por pautar uma ação de controle incidental e carregada politicamente teve implicações diretas para a formação da maioria decisória. Ainda assim, o caso exemplifica a potencial existência de pressões internas ao tribunal como uma limitação ao poder da presidência. É possível supor que as decisões monocráticas também possam ser utilizadas como uma forma de forçar a inclusão em pauta de determinado caso. Ao deferir uma liminar monocraticamente, um ministro altera o status quo e, com isso, altera as implicações práticas da postergação do julgamento. Isso pode forçar o presidente a incluir em pauta o referendo da cautelar. É verdade que, durante a presidência de Dias Toffoli, a suspensão de liminar surgiu como uma nova instituição informal – e uma nova faceta do individualismo decisório – surgiu para remediar essa situação.

A consequência da concentração do poder de não julgar é a grande permeabilidade do tribunal à captura por interesses externos na postergação ou até adiamento indefinido de um julgamento, se o interesse for a manutenção do *status quo*.

Em contrapartida, a fragmentação do poder de julgar dificulta a captura do tribunal se o interesse for definir o exato tempo de um julgamento⁴⁰⁴. Se o interesse for julgar, será necessário garantir que nenhum dos onze ministros que compõem o tribunal crie obstáculos ou interrompa o julgamento.

O relator possui controle sobre a liberação para julgamento, mas pode determinar, sozinho, o momento exato do julgamento, em razão do poder da presidência de definir o calendário de julgamentos. O presidente tem o poder de pautar os casos, mas o julgamento pode ser interrompido pelo pedido de vista de qualquer um dos demais ministros. A devolução do pedido de vista não significa imediato julgamento, pois caberá ao presidente novamente pautá-lo.

Deste binômio decorre que o desenho institucional possui travas próprias – e precárias – ao poder de decidir o exato tempo de um julgamento. Ainda que o poder de não julgar seja concentrado, ao menos o poder de julgar é limitado. A fragmentação funciona, assim, como uma autolimitação subótima, por vezes contraproducente e nem sempre eficaz do poder de julgar. Seria possível apontar que essas ferramentas funcionariam como ferramentas institucionais imperfeitas para estimular a imparcialidade por meio do véu da ignorância, nos termos do que previsto por Vermeule⁴⁰⁵.

Mecanismos do véu da ignorância procuram estimular a imparcialidade ao diminuir a quantidade de informações disponíveis aos tomadores de decisão. No caso, seria impossível, a princípio, a um ministro calcular a exata duração de tempo entre a liberação para julgamento e a decisão. Sem total controle sobre a decisão de quando julgar, um ministro não teria as informações suficientes para cálculos estratégicos motivados por preferências pessoais.

Por isso, é possível lançar a hipótese de que um cenário no qual o poder sobre o tempo esteja totalmente concentrado em um único ator seria ainda mais danoso às salvaguardas da independência judicial do que o desenho hoje existente, pois concentraria em um único ator tanto o poder de não julgar quanto o poder de julgar⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ Esse mesmo elemento da fragmentação decisória em vários atores foi indicado como um problema à deliberação, em razão da dificuldade de definir com precisão o tempo dos julgamentos.

⁴⁰⁵ O conceito foi trazido no capítulo 1 (cf. supra, cap. 2, seção 6, NR 251).

⁴⁰⁶ Esse cenário não é totalmente apartado da realidade. No plenário virtual, por exemplo, a agenda de julgamentos de cada sessão segue a ordem cronológica, e não há um grande acervo de casos na fila para

A possibilidade de cumular as liminares monocráticas com o poder de não julgar altera essa equação, pois permite a determinação individual do resultado. A exclusividade do poder de não julgar é cumulada com a exclusividade da decisão sobre o mérito e, com isso, um posicionamento individual torna-se o posicionamento da corte.

A possibilidade de cumulação de decisões liminares monocráticas com o adiamento indefinido de julgamentos dribla, portanto, a pulverização do poder de julgar e, com isso, inutiliza por completo essa precária trava institucional. O relator depende do presidente e da ausência de qualquer pedido de vista para que veja um julgamento finalizado. Contudo, caso se valha de uma decisão monocrática e a cumule com seu poder de não julgar – concentrado e praticamente ilimitado –, o relator tem total controle sobre o resultado. Concentra-se, em um só ator, tanto o poder de julgar quanto o poder de não julgar e de determinar o mérito do resultado⁴⁰⁷.

É verdade que a cumulação dos poderes de agenda com decisões monocráticas amplia os potenciais de captura. Se é possível que um único ministro determine o resultado de um caso, =basta capturar um ministro para ter controle sobre o produto da atividade do tribunal, em seu nível máximo: o mérito da decisão.

6.2. Patologias indiretas

Duas das patologias dos poderes de agenda que podem comprometer a legitimidade democrática da corte não decorrem diretamente da fragmentação do poder de decidir em diversos atores e em várias etapas do julgamento. São patologias que só existem porque os poderes de agenda foram cumulados com outros elementos do desenho institucional não relacionados ao tempo. Essa cumulação dá novos significados a algumas das facetas do individualismo decisório não relacionadas ao tempo e já muito bem descritas pela literatura⁴⁰⁸.

julgamentos. Disto decorre que o relator possui o poder exclusivo de determinar quando um caso será julgado, com relativa previsibilidade a respeito do tempo do julgamento e sem a limitação do poder da presidência. É verdade que qualquer ministro pode pedir destaque ou vista dos autos, mas o julgamento já terá sido iniciado. Isso só não ocorre, contudo, no caso do pedido de destaque. Nessa hipótese, a remessa ao plenário físico dá novo início ao julgamento.

⁴⁰⁷ Importante pontuar, contudo, que a determinação pura do resultado é exclusiva ao relator. Os demais ministros podem interromper um julgamento com maioria formada, por meio de pedido de vista (ou, no caso do presidente, por meio da suspensão do julgamento), para influenciar em suas consequências práticas, mas a capacidade de controle é menor.

⁴⁰⁸No capítulo 1, fiz um panorama de toda a literatura sobre individualismo decisório (cf. supra, cap. 1, seção 4). Como mapeado por Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, muitos outros elementos do desenho institucional funcionam como entraves ao potencial deliberativo e, com isso, estimulam o individualismo na corte. (Cf. SILVA, Virgílio Afonso. **Deciding without deliberating**. International Journal of

A possibilidade de prever quais serão os votos dos pares – o que classificarei como indício de uma dinâmica agregativa, e não deliberativa –, permite que os poderes de agenda sejam utilizados para influenciar na formação da maioria decisória, tornando o engajamento colegiado artificial. Um engajamento colegiado artificial não fere a demanda por igualdade formal por trás da regra da maioria. Mas pode trazer problemas à performance deliberativa e à natureza dos argumentos mobilizados na decisão. É o que discutirei na seção 6.2.1.

Já o poder de liberação para julgamento pode ser utilizado pelo relator para perpetuar a decisão liminar monocrática. Neste caso, o único posicionamento da corte no tema será uma decisão precária e individual. Este elemento será analisado na seção 6.2.2.

6.2.1. Engajamento colegiado artificial

Uma das consequências mais extremas da definição da pauta de julgamentos e da interrupção de julgamentos é seu potencial influenciar na formação da maioria decisória.

A influência na formação da maioria decisória ocorre em casos nos quais (i) a seleção de casos em contexto oportuno influenciam no resultado⁴⁰⁹, ou (ii) posterga-se determinada decisão até que haja uma mudança na composição da corte e, conseqüentemente, outra dinâmica para formação da maioria decisória⁴¹⁰.

Constitutional Law, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013). O desenho institucional não determina de modo exclusivo o comportamento dos atores e, nesse caso, a ausência de colegialidade pode ter implicações deletérias para o engajamento colegiado mesmo sem qualquer facilitador do desenho institucional. A deliberação depende da colegialidade e ela, por sua vez, é uma virtude ética que deve estar presente nos tomadores de decisão, essa consequência não decorre exclusivamente do desenho institucional, ainda que possa ser, de algum modo, facilitada por ele. Em um cenário no qual há colegialidade e em que o desenho institucional do processo decisório favorece a deliberação, não é concebível como a mera definição do tempo do julgamento possa alterar a formação da maioria decisória, mesmo que dela decorra uma significativa mudança na composição. Pressupor que uma mudança na composição altere o resultado coloca um significativo peso da preferência individual de um ministro para a formação do resultado, o que é, por si só, uma premissa agregativa que nada tem a ver com o tempo.

⁴⁰⁹ Não apenas o tempo e o contexto como também o tipo de caso selecionado pode ser utilizado para influenciar na formação da maioria decisória. Isso porque, no desenho institucional do STF, o poder de pauta do presidente possibilita não apenas a influência no quando, como também a escolha de quais casos serão julgados em cada sessão de julgamento. Em um cenário no qual mais de um caso de fundo na temática aguarda julgamento do tribunal, a escolha de qual caso pautar pode ter implicações para o resultado. O caso-exemplo da execução provisória da pena, mencionado no capítulo 1, ilustra como os poderes de agenda podem ser utilizados para influenciar na formação da maioria decisória, por meio do cálculo do melhor tempo para discutir determinado caso (Cf. supra, cap. 1, seção 3.2). Cabe recuperá-lo, com uma breve síntese. O tema foi objeto de decisão do tribunal mais de uma vez, sempre com votações acirradas.

⁴¹⁰ No capítulo 1, a possibilidade foi exemplificada por meio do caso da ADPF 54. A ação foi ajuizada em 2004, e em outubro do mesmo ano o colegiado, apreciando medida cautelar, afirmou a impossibilidade do aborto de fetos anencefálicos. O mérito da ação foi liberado para julgamento apenas seis anos depois, em 2011. Em 2012, quando julgado, o tribunal acompanhou o relator e decidiu pela constitucionalidade do aborto de fetos anencefálicos. Nesse período, a composição do tribunal mudou significativamente, com a aposentadoria de cinco ministros, assim como as circunstâncias sociais. (cf. supra, cap. 1, seção 3.2).

Nesses dois casos, a influência na formação da maioria decisória não prescinde da agregação dos votos para a determinação do resultado. O uso dos poderes de agenda influi nessa dinâmica e, conseqüentemente, no resultado, mas não é possível atribuí-lo exclusivamente à vontade do ministro, até porque a decisão é tomada pela maioria dos membros do colegiado.

O potencial de utilizar o tempo para influenciar na formação da maioria decisória depende da possibilidade de antecipação do posicionamento dos outros ministros. Isso mostra que os poderes de agenda não atingiriam esse resultado se não existissem outros elementos para possibilitar esse tipo de antecipação⁴¹¹.

Em casos que não são inéditos ao tribunal, não há nada propriamente errado na antecipação do posicionamento dos pares. Fazê-lo é conhecer o colega como julgador. A abertura para deliberar não demanda que os juízes da corte constitucional esqueçam o que decidiram no passado, até porque essas decisões formam o pano de fundo jurídico da deliberação. Nesses casos, o problema não é a possibilidade de influenciar na formação da maioria decisória, mas sim o aspecto individual da decisão sobre quando julgar discutido na seção 6.1.2.2.

Em casos inéditos ao tribunal e nos quais não há indícios jurídicos a respeito de qual será o posicionamento dos ministros que compõem o tribunal, a possibilidade de antecipação de posicionamentos dos outros ministros relaciona-se a elementos institucionais e comportamentais do individualismo decisório não relacionados ao tempo.

Um exemplo hipotético pode ilustrar como essa situação bem circunscrita poderia ocorrer. Digamos que, em razão do estado de calamidade deflagrado por emergência de saúde pública, o governo edite diversos atos em combate à emergência pública. Diante da novidade das circunstâncias e da inovação normativa, não há precedentes ou casos correlatos para orientar qual seria o posicionamento dos ministros. Ainda assim, um ministro descobre o possível posicionamento de um dos pares e, aproveitando-se desta informação de bastidor, utiliza de forma a liberar a ação para julgamento, ou seleciona um caso em detrimento de outro para influenciar na formação da maioria decisória.

⁴¹¹ A ADC 43 só pôde ser liberada para julgamento no tempo propício porque era possível ter ciência da alteração de posicionamento de parte dos membros do tribunal a respeito da execução provisória da pena; Não fosse possível a ciência antecipada de que a inclusão em pauta do habeas corpus, e não da ADC, levaria a ministra Rosa Weber a reafirmar a jurisprudência consolidada em detrimento de seu posicionamento pessoal, o poder de pauta não teria sido capaz de influenciar na formação da maioria decisória. Da mesma forma, a liberação da ADPF 54 para julgamento no momento em que existia composição favorável só foi possível porque era viável antecipar o posicionamento dos pares para que esse cálculo ocorresse.

Em circunstâncias similares àquelas deste exemplo hipotético, o uso do tempo para influência na formação da maioria decisória cria uma camada adicional aos problemas à performance deliberativa já diagnosticados na seção 6.1.2. A possibilidade de antecipar, por informações de bastidores, posicionamentos dos pares teria a função de expor que o engajamento colegiado é, em verdade, artificial.

Todos os ministros já iriam à sessão de julgamento com uma opinião formada, e a troca artificial de razões ocorrida durante a sessão de julgamento refletiria, em verdade, uma mera contagem de cabeças⁴¹². A deliberação⁴¹³ exige que o resultado atingido ao fim do engajamento colegiado seja diverso da mera agregação de posições individuais.

Se é possível antecipar o posicionamento de ministros em um caso inédito, isso indica que o caso está decidido antes mesmo do início do engajamento colegiado. Esse cenário retrata uma decisão agregativa, e não deliberativa.

A transformação do engajamento colegiado em uma mera contagem de cabeças, nessas circunstâncias muito específicas, também pode ter implicações para as teorias normativas que concebem cortes constitucionais como fóruns de princípio ou fóruns de razão pública. Se o resultado decorre de uma mera operação aritmética, pouco diferenciaria o que ocorre na arena judicial do que ocorre na arena da política. É verdade que a decisão judicial deverá ser motivada, ao contrário das decisões tomadas no legislativo. Ainda assim, o funcionamento a partir de mera contagem de cabeças criaria o risco de que a decisão fosse guiada por outras considerações e apenas enunciada, de modo artificial, na forma de argumentos de princípio⁴¹⁴.

Enquanto a literatura apresenta boas razões para estrutura colegiada⁴¹⁵, a regra da maioria parece ser um recurso exclusivamente pragmático para desempatar a decisão na

⁴¹² Especificamente no caso de alteração de composição, é mais delicado afirmar que o tempo retrate uma corte que decide por meio de mera contagem de cabeças. Isso porque, em tese, a alteração na dinâmica da corte em razão do ingresso de novos membros pode ter consequências para a deliberação, e disso não decorre nenhum prejuízo à performance deliberativa. É possível que a mudança no posicionamento seja genuína e retrate como um novo membro é capaz de interagir com a corte e persuadi-la. Esse elemento só corrobora a constatação de que o potencial de influenciar na formação da maioria decisória não agrega nenhum elemento novo, para além da passagem de tempo.

⁴¹³ Como visto, Conrado Hübner Mendes aborda diretamente essa relação entre a estrutura colegiada e deliberação. De acordo com o autor, existem boas razões para que uma corte seja colegiada, e todas essas virtudes são catalisadas se o procedimento decisório for deliberativo.

⁴¹⁴ Para Dworkin, a raiz da legitimidade de cortes constitucionais é a atuação como fórum de princípios. Para Rawls, a atuação como fórum de razão pública. (cf. supra, cap. 2, seção 4.1). Se a decisão é determinada antes mesmo do início do julgamento, isso significa que as razões tem pouca importância. Os argumentos presentes na decisão nada mais seriam do que uma fachada para uma decisão que foi tomada a partir da contagem de cabeças.

⁴¹⁵ Como discutido, as teorias normativas que demandam ou pressupõem a estrutura colegiada o fazem (i) em razão dos benefícios à deliberação ou (ii) da probabilidade epistêmica de que um resultado melhor seja atingido.

hipótese de um impasse⁴¹⁶. Nessa hipótese, a regra da maioria seria o modo mais justo de resolver um empate, a partir da premissa de que todos os tomadores de decisões são iguais entre si⁴¹⁷. O fundamento para a regra da maioria, portanto, é a igualdade.

Tanto na hipótese de seleção de um contexto que leve ao circunstancial posicionamento de um membro da corte em determinado sentido⁴¹⁸, quanto na hipótese de julgamento de um caso após mudança na composição⁴¹⁹, existe uma decisão tomada pela maioria dos ministros e que, portanto, respeita a noção de igualdade formal por trás da regra da maioria⁴²⁰. É o que ocorre em casos nos quais o julgamento é postergado para momento futuro, ou realizado em contexto político e social oportuno e futuro. A maioria circunstancial de fato votou naquele sentido. Nesses casos, se houver alguma censura a ser feita, ela deve ser direcionada à dinâmica agregativa do tribunal.

Em casos que dividem o tribunal, com maioria acirrada, a influência na formação da maioria decisória também pode ocorrer em razão da seleção da espécie de controle de constitucionalidade na qual o caso será discutido. Nessa hipótese, o problema pode não ser o método decisório e tampouco a capacidade de influenciar na formação da maioria

⁴¹⁶ Isso é verdade até mesmo para teorias que partem da premissa de que cortes constitucionais são instâncias deliberativas. Conrado Hübner Mendes, por exemplo, dedica-se a defender a razão pela qual, mesmo com a existência de uma regra definitiva para desempates, a agregação de opiniões é mais enriquecedora após a deliberação do que antes dela.

⁴¹⁷ Como discutido no capítulo 2, esse é inclusive um dos argumentos de Waldron para criticar o controle de constitucionalidade, já que, no limite, de qualquer modo, a decisão se dará pela contagem de cabeças e, sendo assim, a observância à igualdade seria ainda maior caso o legislativo tivesse a última palavra.

⁴¹⁸ No primeiro caso, a seleção de determinado caso de fundo, em determinado tempo, leva ao espontâneo posicionamento de um ministro em sentido diverso daquele que ocorreria, fosse o caso de fundo diferente ou o tempo diverso. Ainda assim, todos os ministros optaram espontaneamente por seu posicionamento, e a decisão foi tomada pela maioria dos ministros. Até porque não é possível estabelecer uma relação causal entre a passagem de tempo e a decisão, e não há razões para justificar que a composição do momento do ajuizamento seja utilizada como parâmetro para avaliar se a decisão foi ou não minoritária (se for essa a questão, é preciso provar porque essa composição deve ser usada como parâmetro)..

⁴¹⁹ No segundo caso, a postergação de um julgamento leva à mudança da composição corte e, conseqüentemente, influi na formação da maioria decisória. Contudo, a decisão resulta da conjunção de vontades da maioria dos ministros naquele momento.

⁴²⁰ Seria possível a objeção de que as ferramentas de controle sobre o tempo dos julgamentos aumentam o peso de um voto, em detrimento dos demais. Ou seja, de que essas ferramentas fariam um voto valer mais do que os outros e, portanto, haveria violação da igualdade, que é o valor por trás da regra da maioria. Há, contudo, algumas dificuldades nessa objeção. No caso da definição da agenda para aguardar mudança de composição, seria necessário que o parâmetro para avaliar a vantagem comparativa do ministro fosse a maioria contemporânea ao ajuizamento do caso. Não há, contudo, razões para justificar que essa seja a maioria de referência. No caso em que a definição da agenda é usada para influenciar na espontânea mudança de posicionamento, seria necessário justificar porque a maioria decisória consistiria na maioria sobre o tema, e não sobre a parte dispositiva do caso. Também não há elementos disponíveis a essa avaliação. Além disso, esse tipo de consideração seria paradoxal. Se o procedimento não deve ser uma mera contagem de cabeças, não faz sentido falar em formação da maioria antes do início de um julgamento. A única vantagem que o ministro possui é a capacidade de determinar o contexto em que o caso será julgado. A utilização dessa vantagem, cumulada com a possibilidade de antecipar posicionamentos dos pares, permite a influência na formação da maioria decisória sobre o mérito. Mas, formalmente, não há violação à regra da maioria, vista como regra formal de desempate.

decisória, mas sim a seleção do caso e, conseqüentemente, do grau de abstração da discussão.

No capítulo 2, discuti como é possível estabelecer um paralelismo entre a seleção do caso e a escolha. A seleção de casos se aproxima do que Kornhauser e Sager denominam protocolo de votação. O protocolo de votação consiste na escolha a respeito das regras de agregação dos votos. As opiniões podem ser agregadas a partir de premissas (questão-por-questão) ou a partir da parte dispositiva do voto (caso-por-caso)⁴²¹. Em uma ação de controle concentrado, a lei é discutida em tese, o que se aproxima de uma decisão que coleta as premissas e, a partir delas, infere o resultado. Já em uma ação de controle difuso, há duas questões em jogo: a discussão da questão de constitucionalidade e o resultado para o caso concreto. Assim como no caso de uma tomada de julgamentos pelo resultado (questão por questão), e não por premissas, o juízo sobre o voto pode não ser decorrência imediata do juízo sobre a constitucionalidade da lei. O paralelismo não é perfeito, porque mesmo discussões de lei em tese podem depender de mais de uma questão jurídica. Mas é possível falar que existe uma aproximação.

O caso exemplo da execução provisória da pena demonstra como a opção entre pautar uma ação de controle concentrado ou uma ação de controle difuso pode levar a situações de incoerência no tribunal. No caso, a presidente do tribunal optou por pautar uma ação de controle incidental para decidir o alcance da presunção de inocência, apesar de uma ação de controle abstrato de temática idêntica aguardar julgamento. Isso teve consequências para o resultado: despeito de julgar que, em tese, a execução provisória da pena consistiria em violação à presunção de inocência, a ministra Rosa Weber denegou o habeas corpus. Com um julgamento acirrado, seu voto foi decisivo. Caso o julgamento envolvesse a lei em tese, em caso de controle concentrado, o resultado teria sido distinto.

O paralelismo entre a seleção de casos e a escolha do protocolo de votação mostra como a seleção de casos pode influenciar no resultado dos julgamentos. Se há ações de classes processuais distintas, mas com o mesmo tema de fundo, faz diferença a escolha a respeito do que julgar. Também neste caso, contudo, os poderes de agenda teriam a função de expor e dar novas dimensões a outras patologias ou inconsistências do desenho institucional do STF, mas não lhes dão causa.

⁴²¹ Cf. supra, cap. 2, seção 5.

6.2.2. Determinação individual do resultado

A determinação individual do resultado ocorre em casos nos quais o controle do tempo do julgamento é cumulado com uma decisão liminar proferida monocraticamente, fazendo com que a decisão precária e individual valha como posicionamento definitivo do tribunal no tema⁴²².

A premissa das teorias que enxergam cortes constitucionais como instâncias deliberativas é que, se um órgão é colegiado, ele deve deliberar. A decisão individual impediria qualquer troca de razões e tampouco a ciência do posicionamento dos demais membros da corte. Seria, portanto, extremamente prejudicial ao seu potencial deliberativo.

A determinação individual do resultado faz com que a corte não se beneficie das vantagens da estrutura colegiada apontadas pela literatura⁴²³. A decisão individual personifica e atrela a um ministro específico uma decisão que deveria ser atrelada à instituição, o que pode prejudicar o apoio e credibilidade da instituição.

A possibilidade de combinar decisões monocráticas com o adiamento da liberação para julgamento permite que ministros do STF pratiquem não apenas a obstrução passiva – impedir que a corte delibere sobre determinado tema – como também o que Mendes denomina obstrução ativa, isto é, a concretização de uma decisão individual, em detrimento da deliberação colegiada⁴²⁴.

Com um único tomador de decisão, também haveria menos incentivos para que a decisão correta fosse atingida. O capítulo 2 indicou que o aumento na quantidade de tomadores de decisão amplia as chances de um resultado correto⁴²⁵. Se isso é verdade, quanto menor o número de tomadores de decisão, maiores as chances de erros.

⁴²² No capítulo 1, utilizei o caso-exemplo do auxílio moradia e do impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff para ilustrar essa situação. Outros casos emblemáticos, contudo, também ilustram esse cenário. As decisões do tribunal a respeito da existência de desvio de finalidade na nomeação, pelo chefe do executivo, para alta administração pública é baseada em decisões monocráticas, que jamais chegaram sequer ao referendo pelo plenário.

⁴²³ Conrado Hübner Mendes mapeia quatro virtudes disponíveis na literatura à estrutura colegiada: despersonalização, prudência política, relevância simbólica e probabilidade epistêmica em razão do aumento na quantidade de tomadores de decisão, conforme descrito no cap. 2 (cf. supra, cap. 2, seção 5)

⁴²⁴ MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP, **Folha de S.Paulo**, 28.01.2018, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espisal-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>, acesso em: 14 set. 2020.

⁴²⁵ É a vantagem d probabilidade epistêmica, discutida na seção 5 do capítulo 2.

7. Quanto tempo é tempo demais?

A perda de objeto demonstrou a consequência máxima do abuso do poder de não julgar e, como discutido, se mostrou deletéria a quase todas as teorias normativas.

É intuitivo, contudo, que exista um limite mais preciso do que a perda de objeto para identificar a ocorrência do abuso do poder de não julgar. Um relator ou vistor pode permanecer por décadas com um processo, para só então liberá-lo ou devolvê-lo para julgamento? Sucessivas presidências podem desprezar um caso liberado há anos, dando prioridade para outros casos por crer que a recepção de dada decisão pela opinião pública não seria adequada? As teorias normativas não apresentam respostas a essas questões.

A partir das teorias normativas, é possível apenas inferir que abusos são censurados até mesmo por teorias que defendem benefícios do manejo do tempo do julgamento. Se julgar é necessário e decidir quando julgar é importante, a perda de objeto não pode ser a única medida para diferenciar o uso adequado do uso abusivo do poder de não julgar.

Essa avaliação parece depender de particularidades do caso e do contexto político e social. Mann sintetiza essa conclusão no termo doutrina da governança judicial⁴²⁶, segundo a qual a percepção do melhor contexto político para decidir seria uma virtude de cada juiz, que deveria ter a habilidade e sabedoria para estabelecer a linha divisória entre irresponsabilidade e covardia. O problema com essa noção, segundo a autora, é que a identificação do que consistiria um bom juiz-gestor está sujeita à subjetividade e não admite uma justificação⁴²⁷. Se aplicada ou interpretada de modo pouco refletido, essa noção poderia referendar irresponsabilidades ou justificar uma defesa irrefletida de deferência judicial.

Esse ideal parece estar presente, de algum modo, em todas as teorias normativas mapeadas que defendem virtudes do tempo. Parece, ainda, estar presente em outros trabalhos no campo da política judicial não diretamente relacionados à legitimidade

⁴²⁶ De acordo com a autora, “This common-sense position recognises that institutionally hard cases are indeed (i.e., should be) hard, and affirms the desirability of judges looking behind the veil of ideal constitutional theory. In combination, this allows everyone to praise judges that seem to handle hard cases particularly well, all the while leaving both judges and scholars to idealise the non-ideal.” MANN, Roni, Non-ideal theory of constitutional adjudication, *Global Constitutionalism*, v. 7, n. 1, p. 14–53, 2018.

⁴²⁷ Tushnet faz crítica similar às defesas normativas de ferramentas para não decidir. Para o autor, tanto o minimalismo de Sunstein quanto as virtudes passivas de Bickel confundem o juízo político com o juízo substancial sobre o caso e não apresentam parâmetros para medir quando a corte deveria decidir não decidir. A ausência de parâmetros demonstraria, para o autor a ineficácia dessas teorias em suas tentativas contornar as deficiências do controle de constitucionalidade. Reforçaria, assim, o argumento por sua supressão. (TUSHNET, Mark, *The jurisprudence of constitutional regimes: Alexander Bickel and Cass Sunstein*, in: **Judiciary and American Democracy, The: Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory**, Albany: SUNY Press, 2012.)

democrática. Além de reforçar a noção de que o contexto ideal seria definido caso a caso, esses trabalhos também não parecem incorporar a fragmentação do poder de agenda, pois parecem referir-se à corte como agência coletiva, sem precisar a quem competiria essa decisão.

Fontana defende que o controle sobre o acervo seria o mecanismo essencial para a sobrevivência de cortes constitucionais⁴²⁸ porque possibilitaria que a corte evitasse indisposições ou confrontos com forças políticas em momentos nos quais o Tribunal não tivesse respaldo para tal. Não define, contudo, o que significa não ter respaldo para decidir ou como avaliar o tempo.

Também Roux⁴²⁹ aponta para a possibilidade de utilização virtuosa da sensibilidade estratégica na percepção de riscos e oportunidades de ação a depender do contexto político. O autor constrói instrumental de análise da performance das cortes constitucionais a partir do grau de impacto dos fatores jurídicos e políticos simultaneamente incidentes no exercício da jurisdição constitucional. Quatro modelos básicos de cortes constitucionais decorreriam da matriz que combina graus máximo e mínimo de influência de cada fator⁴³⁰. O autor pontua que o comportamento da Corte poderia influir nessa configuração e, deste modo, eventualmente ocasionar sua transição para outro modelo.

No Brasil, Glezer desenvolve o conceito de *catimba* constitucional para referir-se à situação na qual uma corte constitucional toma decisão que, apesar de dentro da legalidade, desafia concepções estabelecidas de validade⁴³¹. A *catimba* faz parte do jogo, mas sua reiteração seria prejudicial à autoridade da corte constitucional. Apesar de ter outro enfoque, também neste argumento está presente a premissa de que competiria à corte ter a sensibilidade política para fazer esse juízo sobre quando julgar⁴³².

⁴²⁸ FONTANA, David. Docket Control and the success of constitutional courts. In: **Comparative constitutional law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

⁴²⁹ ROUX, Theunis, **The politics of principle: The first South African constitutional court, 1995–2005**, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

⁴³⁰ O modelo ideal, usual em democracias maduras, combinaria a estrita separação entre direito e política e a máxima independência judicial. No extremo oposto estariam as cortes constitucionais que não respeitam o direito e não possuem independência. Por fim, há cortes constitucionais que possuem independência, mas cultivam uma concepção fraca quanto à separação entre direito e política, e outras que não possuem independência, apesar da observância estrita do direito. (*Ibid.*, p.98)

⁴³¹ GLEZER, Rubens, **Catimba Constitucional: o STF, do antijogo à crise constitucional**, São Paulo: Almedina, 2020.

⁴³² Ao referir-se à Corte como agência coletiva, e não aos seus ministros, o autor também parte da unidade de análise coletiva. Como a premissa o autor tem como pano de fundo o desenho institucional do STF, o aspecto individual desse tipo de decisão é incorporado a partir de exemplos, mas o autor não indica se existiria uma diferença entre decisões individuais e coletivas, tampouco apresenta qualquer diretriz para esse processo decisório.

Após diagnosticar as deficiências da replicação do senso comum da governança judicial, Mann sugere a substituição da noção de governança judicial por uma teoria não-ideal de adjudicação constitucional⁴³³. De acordo com essa teoria, o juízo de constitucionalidade deveria ser realizado em duas etapas. Na primeira delas, com a definição de qual seria a interpretação constitucional idealmente correta, à luz dos valores constitucionais. Em uma segunda etapa, a decisão ideal deveria ser confrontada com considerações não-ideais relativas à efetividade em curto prazo e efetividade a longo prazo. Diferentemente do que ocorre na estratégia judicial, o ponto de partida não são preferências individuais, mas sim considerações sobre a decisão ideal.

A corte deve diferenciar considerações ideais das não-ideais e, em seguida, (i) verificar se existem indícios e que a decisão ideal seja danosa à própria existência da corte e (ii) se existem indícios sociologicamente identificáveis de que é possível existir *backlash* que tornaria uma decisão contraproducente.

A primeira avaliação decorreria da presunção de que uma corte constitucional deve sempre procurar dar a melhor interpretação possível sobre questões constitucionais. Por isso, uma queda na popularidade não seria uma justificativa plausível para deixar de tomar a decisão ideal. Isso só seria admissível quando existisse um concreto risco de retaliações à corte. A segunda pretende refinar a avaliação a respeito da preparação da sociedade para receber ou aceitar determinada decisão. De acordo com a autora, não basta afirmar que a sociedade não está pronta, porque, além de ser difícil avaliar e saber quando essa situação se configura, algumas decisões podem estimular esse tipo de adaptação da sociedade.

A autora tem muitos méritos no diagnóstico da frequência do recurso à noção de governança judicial na literatura, bem como a constatação das limitações e imprecisões desse conceito. Contudo, a sugestão que traz não parece ir muito longe da armadilha por ela mesma diagnosticada. A sugestão de um diagnóstico em duas etapas já parecia estar presente, de modo menos explícito, nas virtudes passivas de Bickel. A solução a respeito de considerações não-ideais é interessante por incluir requisitos da deliberação e da justificação. Contudo, não traz parâmetros mais precisos para atacar o problema por ela diagnosticado, pois essas considerações não-ideais ainda parecem depender de juízos substantivos. Por fim, a autora também parece partir da unidade de análise de cortes constitucionais como agências coletivas, sem incorporar adequadamente os juízes, enquanto atores individuais, como unidade de análise. Ainda que a noção de estratégia

⁴³³MANN, Roni, Non-ideal theory of constitutional adjudication, *Global Constitutionalism*, v. 7, n. 1, p. 14-53, 2018, p. 41-50.

judicial seja ruim – porque incompatível com a noção de cortes constitucionais como fóruns de princípios, esse elemento pode existir. Ao não endereçá-lo, a autora parece cair na mesma armadilha do idealismo.

Esse breve panorama das teorias normativas e de alguns aportes da política judicial mostrou que não existem parâmetros satisfatórios para saber quando julgar e, com isso, distinguir a demora razoável da demora abusiva. Uma outra questão é saber se é possível estabelecer parâmetros mais precisos para essa distinção. De qualquer modo, diretrizes para diferenciar a demora razoável da demora abusiva não têm condições de existir enquanto nem sequer existirem parâmetros normativos para orientar o processo decisório a respeito do tempo dos julgamentos. É possível apontar, contudo, que é necessário existirem critérios definidos, com uma racionalidade própria, para a definição da pauta de julgamento. A ausência de critérios potencializa as deficiências decorrentes da ausência de limites temporais.

8. Conclusão

Neste capítulo, realizei uma ponte entre as recomendações institucionais presentes nas teorias normativas sobre legitimidade do controle de constitucionalidade e o desenho institucional de formação da agenda de julgamentos no STF.

A opção desta dissertação foi avaliar normativamente o desenho institucional dos poderes agenda a partir das recomendações institucionais mapeadas em todo o debate sobre legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. A depender das premissas normativas, e do papel que cada teoria normativa atribui à corte constitucional, as recomendações institucionais são diferentes. Portanto, as patologias identificadas no desenho dos poderes de agenda também são diferentes.

A análise do desenho institucional do STF a partir das teorias normativas permite concluir que existem boas razões para o controle do tempo. A principal defesa normativa do tempo parte da necessidade de selecionar o momento mais adequado para decidir, elemento que surge denominado como virtudes passivas, minimalismo judicial, considerações institucionais ou ingredientes esotéricos.

Com premissas normativas distintas, a defesa do manejo do tempo parte de uma noção mais sofisticada de política judicial, reconhecendo que cortes constitucionais inevitavelmente estão inseridas no jogo político. Isso não desnatura sua função, mas exige consciência, por parte da corte, sobre qual é o melhor momento para decidir.

As teorias normativas que defendem virtudes do controle do tempo são silentes a respeito de seu processo decisório e do individualismo na tomada de decisão. Elas se limitam a definir que compete à corte saber quando decidir, mas não indicam quem seria “a corte”. A análise deste elemento institucional usualmente ignorado permite, assim, expor as deficiências e limitações das teorias, além de destacar a necessidade de considerar as particularidades de cada desenho institucional.

Isso não impede a identificação de algumas patologias, mesmo a partir de elementos básicos e constitutivos da estrutura de qualquer corte. Para avaliar normativamente este desenho, parti de um teste em duas etapas: a etapa de eficácia e a etapa de legitimidade. A primeira etapa do teste foi destinada a avaliar se o desenho institucional de controle do tempo no STF é capaz de atingir as respectivas virtudes que cada uma dessas teorias normativas vislumbra para o controle do tempo.

O desenho institucional do STF é ineficaz para atingir qualquer uma das virtudes do controle do tempo, pois, ao pulverizar uma parcela do poder de agenda em diversos atores, faz com que a corte não tenha capacidade de gerir, como instituição, o tempo de seus julgamentos. Isso ocorre porque o desenho institucional dificulta a decisão sobre julgar, ao estabelecer diversos obstáculos à finalização de um julgamento. A fragmentação decisória do poder sobre o tempo concentra o poder de não julgar, e, ao mesmo tempo, pulveriza o poder de julgar. Todos os ministros podem evitar o julgamento quando deixam de liberar o caso, deixam de pauta-lo ou pedem vista dos autos. Mas ninguém tem total controle sobre quando um caso será julgado. Esse desenho favorece, com isso, o não julgamento.

Este desenho também não passa no teste de legitimidade, para todas as teorias normativas mapeadas. Isso ocorre em razão de uma potencial implicação da ausência de limites institucionais à demora no julgamento: a ausência de decisão. Essa hipótese ocorre quando, em razão da postergação indefinida de um julgamento, ele torna-se inútil. Isso seria censurado até mesmo para teorias normativas menos exigentes em termos institucionais, a exemplo da que entende competir à corte exercer a função de mero ponto de veto.

Ainda no teste de legitimidade, a fragmentação do desenho institucional em diversos atores traz riscos à imparcialidade, ao facilitar a captura da corte. O risco de captura de ministros individuais é naturalmente limitado porque nenhum ministro tem total controle sobre o exato momento em que um caso será julgado. Mas essa limitação é burlada pela possibilidade de cumular liminares monocráticas com a postergação do

juízo colegiado ou de adiar indefinidamente a liberação para juízo até a perda de objeto.

Especificamente para as teorias normativas que concebem cortes constitucionais como instâncias deliberativas, a fragmentação dos poderes de agenda em diversos atores também tem implicações para a performance deliberativa.

Ao lado de deficiências no modelo decisório e da ausência de colegialidade – já muito bem diagnosticados na literatura –, o controle individual do tempo também permite a influência na formação da maioria decisória e a determinação individual do resultado. Se o tempo é importante, mas seu abuso é inaceitável, é necessário saber qual é a linha divisória entre essas duas situações. A esse dilema as teorias normativas não apresentam uma solução.

Esse balanço chega a conclusões similares àquelas trazidas por Arguelhes e Ribeiro⁴³⁴: o individualismo nos poderes de agenda é uma patologia. Procurei, contudo, aprofundar e refinar esta análise, decompondo o problema para identificar não apenas quais são as patologias, mas também onde se encontram. A possibilidade de interromper julgamentos pode ser um problema por prejudicar a troca de razões. Ela também pode ser uma ferramenta pouco efetiva para obstruir julgamentos, porque incide apenas quando o julgamento já iniciou. Um pedido de vista realizado pelo último ministro a votar, por exemplo, tem menos condições de influenciar no contexto em que o caso será julgado. A maior parte da deliberação já terá ocorrido antes do pedido de vista.

A fragmentação do poder de agenda em diversos atores também possui patologias. Como nenhum ministro tem total controle sobre o momento em que um caso será julgado, a gestão institucional do tempo dos julgamentos pode ser prejudicada. O individualismo nos poderes de agenda também é ilegítimo para teorias que valorizam o elemento da imparcialidade e independência judicial, por aumentar o risco de captura da corte. À luz da teoria normativa que concebe cortes como instâncias deliberativas, o individualismo tem outros problemas que afetam a performance deliberativa.

Algumas consequências máximas dos poderes de agenda, contudo, só existem porque esses poderes estão inseridos em um desenho institucional que é, por si só, individualizado. É o caso da influência na formação da maioria decisória e da decisão individual. Um ministro só consegue influenciar na formação da maioria decisória, em

⁴³⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, 'The Court, it is I'? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory, *Global Constitutionalism*, v. 7, n. 2, p. 236–262, 2018.

casos que dividem o tribunal, porque consegue antecipar o posicionamento de seus pares. Essa antecipação, por sua vez, pode expor um engajamento colegiado artificial, se o caso for inédito e não for possível, salvo informações de bastidores, antever o posicionamento dos pares.

A decisão individual também só é possível quando um ministro profere decisão liminar monocrática e deixa de liberar a ação para julgamento. Nesse caso, perpetua-se uma decisão que era para ser temporária e jamais há um debate colegiado sobre o tema. São, certamente, patologias do desenho institucional. Mas elas não decorrem exclusivamente do modo como desenhados os poderes de agenda.

Essas conclusões apontam para a necessidade de repensar o desenho institucional. Identificar os benefícios do controle da agenda de julgamentos permite para focar na correção de patologias, ao invés de rechaçar o desenho institucional por completo.

Este capítulo aglutinou todas as possíveis patologias identificáveis a partir de todas as teorias normativas presentes no debate. Eventuais propostas de alteração institucional devem, contudo, optar por uma premissa normativa e, a partir dela, pensar em uma solução institucional.

Neste caso, há dois grandes caminhos teóricos, que remetem a dois blocos de soluções institucionais possíveis: (i) as teorias para as quais há virtudes no controle da agenda de julgamentos de um tribunal e (ii) as teorias normativas para as quais o controle da agenda de julgamentos é indiferente.

Para as teorias que enxergam virtudes no controle da agenda de julgamentos, é relevante que um tribunal tenha o poder de selecionar os casos e definir o contexto político e social em que eles serão julgados. Neste caso, um problema em comum deve ser solucionado: o problema da dificuldade na gestão individual do tempo dos julgamentos. É necessário permitir que o tribunal, como instituição, tenha condições mais precisas de definir quando um caso será julgado.

Esse bloco de teorias que enxergam virtudes no controle do tempo dos julgamentos, por sua vez, também se subdivide em dois grandes grupos: (a) teorias normativas que concebem cortes como instâncias deliberativas e (b) teorias que não concebem cortes como instâncias deliberativas. Apesar de concordarem que o manejo do tempo dos julgamentos é relevante, cada grupo identifica distintas patologias e aponta para distintos caminhos de reformas institucionais.

Teorias normativas que concebem cortes como instâncias deliberativas medem o grau de legitimidade a partir da performance deliberativa. A partir dessa premissa,

propostas de correção das patologias devem identificar uma forma de harmonizar o manejo do contexto dos julgamentos com as demandas por estrutura colegiada, utilização do método de deliberação em todo tipo de decisão tomada pelo órgão colegiado, transparência e previsibilidade. É necessário descobrir como viabilizar uma estrutura institucional que consiga dar conta desses valores e, simultaneamente, garantir o controle sobre o tempo do julgamento, que também é importante para a própria maximização da performance deliberativa. Todos esses problemas são trazidos pelo individualismo decisório. Para resolvê-los, não basta tornar o controle da agenda mais fácil: é preciso engendrar um processo decisório sobre o tempo dos julgamentos que seja deliberativo.

O segundo bloco teórico dentre teorias que valorizam o controle da agenda de julgamentos consiste (b) nas teorias normativas que não concebem cortes como instâncias deliberativas. Essas teorias defendem o controle do tempo dos julgamentos por outras razões. Elas podem depositar a legitimidade de cortes no tipo de argumento trazido pela arena judicial, ou na capacidade de estimular o diálogo com a opinião pública. Nesse caso, eventuais reformas deveriam ser destinadas a corrigir a dificuldade na gestão institucional do tempo, a ineficácia da interrupção de julgamentos como mecanismo para manejar o contexto das decisões e a patologia que aumenta o risco de captura do tribunal, prejudicando o insulamento da política.

O caminho para atacar todas essas patologias também é lidar com o problema do individualismo decisório nos poderes de agenda. Mas as soluções podem ser menos ambiciosas. O procedimento decisório alternativo não tem a obrigação de ser colegiado, diferentemente do que ocorre no caso das teorias que concebem cortes como instâncias deliberativas. É necessário corrigir os problemas decorrentes da fragmentação dos poderes agenda em diversos indivíduos para corrigir a dificuldade de gestão institucional do tempo. Mas há espaço para pensar em desenhos alternativos que não contenham nem um poder de agenda fragmentado, e tampouco contenham a previsão de um engajamento colegiado para deliberar sobre o tempo dos julgamentos.

Esses foram os possíveis caminhos institucionais, partindo da premissa de que o controle do tempo dos julgamentos é relevante. Mas este capítulo também mostrou que há muitas teorias normativas que não se preocupam com o tempo dos julgamentos. Para elas, a raiz da legitimidade do tribunal é outra e pouco importa se ele tem poderes para decidir quando julgar. Se essa for a premissa, as patologias trazidas pelo desenho institucional do STF são (i) o risco de captura, (ii) a possibilidade de ocorrência de decisões individuais, e (iii) a possibilidade de ausência de decisão.

A princípio, parece haver soluções institucionais mais simples a partir da premissa de que o controle da agenda de julgamentos é indiferente à construção da legitimidade do tribunal. É possível imaginar, nessas circunstâncias, a supressão dos institutos: proibir pedidos de vista, acabar com a discricionariedade do presidente na formulação da pauta e criar limites temporais à liberação para julgamento. Ainda assim, nem mesmo a supressão dos poderes de agenda não é uma solução tão simples. Refletir sobre a supressão desses poderes individuais depende da imaginação de desenhos institucionais alternativos que não padeçam de patologias similares àquelas existentes nesse desenho institucional.

A supressão dos pedidos de vista é mais simples. Mas a possibilidade de suspensão de julgamentos, a prerrogativa para liberação para julgamentos, e a própria definição do calendário de julgamentos sempre existirão. Isso não depende, cabe acrescentar, da dimensão do acervo do tribunal. O problema de definição da agenda de julgamentos de um tribunal sempre vai existir, independentemente da dimensão do acervo. Nos últimos anos, o acervo do Supremo Tribunal Federal, ao menos do plenário físico, vem diminuindo significativamente e demonstra justamente isso: o acervo pode diminuir, mas os poderes de agenda persistem.

Se a opção for partir dessa premissa teórica, seria necessário imaginar um desenho institucional com critérios fixos para definição da agenda de julgamentos, e limites temporais para a demora na liberação para julgamento.

A única das patologias comum a todas as teorias normativas é a ausência de decisão. Não é concebível que uma corte constitucional jamais se pronuncie sobre um caso. O fato de não decidir e tampouco negar seguimento a um caso fere a raiz da legitimidade democrática até mesmo nas teorias normativas menos exigentes em termos institucionais, como aquelas que concebem cortes como pontos de veto. Deixar de decidir significa jamais deliberar, e jamais oferecer uma motivação à decisão. Quando faz isso, a Corte Constitucional esvazia a finalidade para qual foi concebida. Oferecer razões é um elemento importante tanto para aquelas teorias normativas que concebem cortes como fóruns de princípios, e depositam sua legitimidade na natureza dos argumentos trazidos pela arena judicial, quanto para teorias que depositam a legitimidade da corte na capacidade de estimular o diálogo com a opinião pública ou com legislativo por meio de razões.

Essas considerações mostram que resolver o problema dos poderes agenda é uma empreitada complexa. Tanto a supressão dos institutos quanto a proposta de alternativas

institucionais para preservar o controle da agenda enfrentam dificuldades. Este trabalho coloca em perspectiva o fato de que não é correto demonizar o controle de um tribunal sobre sua própria agenda. É verdade que é possível abraçar uma teoria normativa que não dependa desses elementos, mas isso exige reflexão sobre alternativas institucionais que não são tão simples quanto seria possível supor.

Há, contudo, diversas teorias normativas que trazem fundamentos para que a corte tenha esse poder. Melhor do que demonizar o controle da agenda é pensar em alternativas institucionais capazes de corrigir as patologias e preservar eventuais elementos benéficos. O individualismo decisório é uma patologia, o controle do tempo, não. Saber se é possível remediar as patologias decorrentes do individualismo decisório e, simultaneamente, manter os benefícios do controle sobre o tempo de julgamento é uma questão de imaginação institucional.

4. UMA AGENDA DE PESQUISA: DESAFIOS PARA A ANÁLISE NORMATIVA E COMPARADA DO DESENHO INSTITUCIONAL DE CORTES CONSTITUCIONAIS

O mapeamento do capítulo 2 revelou que poucas são as considerações institucionais na literatura teórico-normativa. Observei que a maior parte das recomendações institucionais identificadas nas teorias normativas acabavam por refletir a estrutura institucional que caracteriza uma corte. Pontuei que isso não diminuía a importância de sua utilização como base para investigação das implicações normativas de elementos do desenho institucional, pois esse é o ponto de partida inevitável. Com base nessa premissa, desenvolvi a análise do desenho institucional dos poderes de agenda no capítulo 3. O confronto entre as recomendações institucionais e as teorias normativas revela respostas preliminares, mas indica que muitas questões permanecem em aberto em razão da limitação das teorias normativas.

Como resolver as questões de desenho institucional que permaneceram em aberto? O que falta nas teorias normativas? A resposta a essas duas questões possibilitaria o estabelecimento de bases para uma análise comparada de consequências normativas de elementos do desenho institucional de cortes constitucionais. Para tal, contudo, parece também ser necessário aprimorar as tipologias de desenhos institucionais presentes na literatura.

Neste capítulo, exploro as dificuldades de uma agenda de pesquisa destinada à avaliação normativa da legitimidade democrática de desenhos institucionais. Desenvolvo como o debate teórico-normativo é limitado e como as categorias de classificação de desenhos institucionais tradicionalmente reproduzidas também são generalizadoras e não chegam à especificidade do desenho institucional em pequena escala.

1. O panglossianismo institucional

O diagnóstico de que teorias normativas refletem a estrutura institucional que caracteriza uma corte evidencia o que Zurn define como panglossianismo institucional⁴³⁵. O conceito refere-se à tendência de que teorias normativas tomem a estrutura institucional existente como um fato imutável e, a partir dela, procurem elaborar uma justificativa à

⁴³⁵ZURN, Christopher F., *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p.9.

legitimidade democrática que se amolde à estrutura da corte constitucional do contexto institucional a partir do qual escreve.

Se correto o diagnóstico do panglossianismo institucional, as teorias normativas falam pouco em desenho institucional porque usam o desenho institucional da corte de seu respectivo país para corroborar as justificativas para sua legitimidade democrática. Falham em perceber, contudo, a própria diversidade institucional no desenho que caracteriza uma corte como tal.

O capítulo 3 mostrou que demandar a estrutura colegiada não é suficiente, pois restam em aberto questões relacionadas ao processo decisório e ao protocolo de votação. Exigir o insulamento da política é insuficiente, se a teoria não precisar exatamente no que ele consiste ou quais elementos institucionais são facilitam ou dificultam a consecução dessa finalidade. Demandar ferramentas para não decidir é insuficiente sem estabelecer a quem cabe essa decisão e quais seus parâmetros mínimos. Levar o desenho institucional a sério depende, em outras palavras, da consideração da diversidade institucional na estrutura de órgãos encarregados do exercício do controle de constitucionalidade.

Obter uma resposta mais específica depende que se dê um passo atrás. Ao invés de recorrer às teorias normativas sobre legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, partir dos conceitos de democracia para, então, encontrar parâmetros institucionais para estruturar o órgão encarregado do controle de constitucionalidade.

2. A generalização de categorias institucionais

Ao lado do panglossianismo institucional, a extrema generalização nas tipologias presentes na literatura sobre desenho institucional pode contribuir para a falta de percepção da diversidade institucional.

Na literatura que descreve o desenho institucional de cortes, é frequente o recurso à tipologia clássica que opõe binômios como controle abstrato ou concreto, formas fracas ou fortes, e controle incidental ou principal.

A partir do que denomina aspecto subjetivo, Cappelletti define o sistema de controle de constitucionalidade difuso como aquele no qual o controle de constitucionalidade compete a todos os órgãos do judiciário, e concentrado como aquele no qual a prerrogativa de controle restringe-se a um único órgão⁴³⁶. Sob o aspecto modal, o controle

⁴³⁶CAPPELLETTI, Mauro; GONÇALVES, Aroldo Plínio; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 1999. p. 67.

principal ou abstrato seria caracterizado por um processo constitucional instaurado *ad hoc*, em contraposição ao controle incidental, ocorrido no curso de um processo concreto cuja decisão dependa do juízo de constitucionalidade⁴³⁷. Sob o aspecto dos efeitos, distingue a eficácia *inter partes*, restrita às partes envolvidas no caso, dos efeitos *erga omnes*, isto é, contra todos⁴³⁸.

Esses blocos de elementos institucionais são identificados com dois modelos de controle de constitucionalidade: o modelo europeu (também chamado de kelseniano ou austríaco) e o americano⁴³⁹. O sistema europeu seria caracterizado por um controle concentrado, principal, com efeitos *erga omnes* e no qual a declaração constata uma nulidade pré-existente. Já o sistema americano seria caracterizado por um controle difuso, incidental, com efeitos *inter partes* e no qual a declaração de inconstitucionalidade exclui do ordenamento uma lei que, até então, era válida e eficaz.

A limitação dessa tipologia é reconhecida pelo próprio autor⁴⁴⁰. Ela é, contudo, ostensivamente difundida na doutrina constitucional brasileira⁴⁴¹ e até mesmo na ciência política⁴⁴².

Ferreres Comella parte da mesma tipologia para avaliar vantagens procedimentais de cada um dos modelos. O sistema europeu, de acordo com o autor, teria as vantagens procedimentais de (i) garantir da segurança jurídica, (ii) possibilitar a troca de juízes e, com isso, o romper com estruturas institucionais de períodos ditatoriais, e (iii) a possibilitar de que instituições públicas e agentes políticos tenham legitimidade para desencadear um processo de revisão abstrata. A partir do sopesamento das vantagens de cada modelo, o autor propõe uma parcial descentralização como ferramenta para aprimorar o sistema europeu e preservar as vantagens atualmente existentes. No modelo

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 101.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 115-118.

⁴³⁹ Cf. STONE SWEET, Alec, **Governing with judges: constitutional politics in Europe**, Repr. Oxford: Oxford Univ. Press, 2002, p.56, NR 16; SILVA, Virgílio Afonso da, O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública, **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, n. 0, p. 197–227, 2009; FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale, Constitutional Adjudication: Lessons from Europe Symposium: Comparative Avenues in Constitutional Law - Constitutional Structures and Institutional Designs, **Texas Law Review**, v. 82, n. 7, p. 1671–1704, 2003; COMELLA, Victor Ferreres, The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization?, **International Journal of Constitutional Law**, v. 2, n. 3, p. 461–491, 2004.

⁴⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GONÇALVES, Aroldo Plínio; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 1999, p. 126-127

⁴⁴¹ Cf., por exemplo, SILVA, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo. rev. e atual, **São Paulo: Malheiros**, 2017, pp 51-57.; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de direito constitucional. rev. e atual, **São Paulo: Saraiva**, 2012., pp.64-66;

⁴⁴² ARANTES, Rogério Bastos; KERCHÉ, Fábio, Judiciário e democracia no Brasil, **Novos Estudos**, n. 54, 1999, em especial pp.34-35.

sugerido, juízes ordinários compartilhariam com a corte constitucional a prerrogativa para decidir questões constitucionais, mas apenas quando já existirem precedentes da corte especializada⁴⁴³.

Apontar a extrema generalização dessa tipologia não significa dizer que essas categorias são inúteis. Elas servem ao propósito de resumir e organizar, de algum modo, as diversas estruturas institucionais do controle de constitucionalidade. A contrapartida ao ganho em termos descritivos é, contudo, a simplificação. Essa simplificação dificulta o avanço da consideração da diversidade institucional essencial à orientação da análise das implicações normativas de desenhos institucionais. O próprio problema da definição da agenda de julgamentos, discutido na presente dissertação, não é abarcado por essas classificações genéricas usualmente reproduzidas.

Stone-Sweet também parte da distinção entre modelos americano e europeu de controle de constitucionalidade e relaciona as características do modelo de adjudicação, dentre as quais inclui-se o grau de judicialização⁴⁴⁴.

Para avaliar normativamente o desenho institucional é preciso mais. É necessário ter uma noção a respeito de quem decide, como e quando. Se a corte tem controle sobre o que decide, se decide quando decidir e, caso o faça, como se dá este procedimento decisório.

Em verdade, existem avanços na identificação e descrição de categorias comparativas mais específicas.

Silva⁴⁴⁵ diagnostica a limitação da tipologia e procura aprofundar as distinções institucionais entre o modelo europeu e o americano, mas sem abandonar ambas as categorias.

O modelo europeu seria caracterizado por juízes com mandatos fixos, exercendo controle concentrado, com sessões secretas, decisão coletiva e unitária sem votos divergentes, nomeações que exigem grandes maiorias parlamentares e decisões sobre questões abstratas. Já o modelo norte-americano seria caracterizado por contar com juízes vitalícios, sessões abertas com audiências orais, decisão final composta pela contabilização de votos individuais, nomeação pelo presidente aprovada por maiorias

⁴⁴³ COMELLA, Victor Ferreres, The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization?, *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 3, p. 461–491, 2004.

⁴⁴⁴ STONE SWEET, Alec. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Repr. Oxford: Oxford Univ. Press, 2002.

⁴⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da, O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública, *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, n. 0, p. 197–227, 2009, p.207.

simples, e decisões sobre casos concretos. Este mapeamento simplifica a estrutura possível de cortes constitucionais e resume a discussão sobre desenho a um binômio.

A já analisada teoria normativa de Ferejohn e Pasquino⁴⁴⁶, por exemplo, desenvolve outros elementos institucionais, mas também parte da dualidade entre o modelo Kelseniano e o americano para estruturar a relação entre o desenho institucional e o estímulo à deliberação externa e interna em sua teoria normativa.

Os autores atribuem algumas características ao sistema europeu, como as deliberações fechadas, o quórum de maioria qualificada para o referendo da nomeação de juízes, e a ausência de manifestações individuais perante à imprensa. Já o sistema americano seria caracterizado pelo modelo decisório que admite a juntada de votos divergentes e concorrentes, o mandato vitalício, as nomeações referendadas por maioria simples e a maior saliência em suas decisões⁴⁴⁷.

Obra de Jakab et. al reuniu autores de diversos países e se propôs a descrever práticas argumentativas de cortes de distintos países. Para tal, foram estabelecidas algumas diretrizes para auxiliar a comparabilidade dos desenhos institucionais. Especificamente no que diz respeito à estrutura institucional das cortes, as diretrizes sugeriam a descrição das competências da corte, a relação com o restante do judiciário, o formato das audiências, as partes envolvidas, as regras de admissibilidade, a carga de trabalho, a publicidade das decisões, e os tipos de julgamento⁴⁴⁸. As diretrizes de análise são interessantes para orientar a descrição de elementos do desenho institucional em pequena escala. Mas a criação de novas tipologias demandaria um mapeamento das descrições isoladas para, a partir delas, procurar elementos em comum no desenho institucional em pequena escala.

Isso mostra que parece haver um paradoxo: por um lado, o exercício de análise normativa comparada depende do estabelecimento de uma tipologia adequada às variáveis institucionais envolvidas no desenho institucional em pequena escala; por outro, estabelecer essa tipologia parece depender, em grande medida, de um mapa da diversidade institucional. É possível que esse mapa dependa, por sua vez, de uma análise comparada de desenhos institucionais.

⁴⁴⁶ FEREOHNS, John; PASQUINO, Pasquale, Constitutional Adjudication: Lessons from Europe Symposium: Comparative Avenues in Constitutional Law - Constitutional Structures and Institutional Designs, *Texas Law Review*, v. 82, p. 1671–1704, 2003.p.1697

⁴⁴⁷ Cf. supra, cap. 2, seção 8.

⁴⁴⁸ JAKAB, András; DYEVRÉ, Arthur; ITZCOVICH, Giulio (Orgs.). **Comparative constitutional reasoning**. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2017, pp.798-802.

De qualquer modo, a literatura que procura apontar para novos parâmetros para a comparação de desenhos institucionais parece apresentar um interessante ponto de partida para essa agenda de pesquisa. Se o objetivo for, além disso, analisar as implicações normativas dos instrumentos de controle sobre o tempo do julgamento, o presente trabalho também apontou ser relevante verificar como se compatibilizam a estrutura colegiada com a seleção do momento do julgamento.

As teorias normativas que defendem a legitimidade democrática de cortes constitucionais a partir de argumentos de resultado trazem boas razões para justificar que democracia vai além da regra da maioria. É necessário que uma instituição garanta valores democráticos, e a democracia não pode ser vista apenas na perspectiva procedimental. Democracia envolve promoção da igualdade de direitos e, para isso, é necessário que exista uma corte constitucional. Isso não significa que ela tenha a última palavra, mas sim a última palavra provisória⁴⁴⁹.

3. Parâmetros para uma teoria normativa institucional

O debate em defesa da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade ignora ou subestima a importância do desenho institucional. O mapeamento de variáveis institucionais nucleares permitiu um mapeamento inicial de recomendações institucionais nas teorias normativas.

O mapeamento dos elementos institucionais realizado no capítulo 2 indicou que as teorias normativas avessas ao controle de constitucionalidade limitam-se à sugestão de um desenho institucional apto a restringir o escopo ou os efeitos do controle de constitucionalidade. Para as demais teorias, cortes constitucionais são legítimas para exercer o controle de constitucionalidade, seja porque (i) são mais aptas para proferir a última palavra em matéria de direitos, seja porque (ii) sua existência é virtuosa à democracia deliberativa.

Se cortes constitucionais são legítimas para proferir a última palavra sobre direitos, as teorias defendem que a corte tem a última palavra para decidir questões envolvendo desacordos de direitos. Ne cortes são instâncias deliberativas, as teorias valorizam o

⁴⁴⁹ MENDES, Conrado H., Neither dialogue nor last word: Deliberative separation of powers III, *Legisprudence*, v. 5, n. 1, p. 1-40, 2011.

diálogo que é deflagrado por sua decisão ou até mesmo existente durante seu processo decisório⁴⁵⁰.

Em um caso ou em outro, a defesa do controle de constitucionalidade envolve a premissa teórica de conexão entre teoria da autoridade e teoria da justiça. Para teorias normativas que defendem a última palavra sobre desacordos de direitos, no limite, os resultados são os elementos mais importantes. Democracia consiste na distribuição igualitária de direitos e recursos. Se a decisão da corte constitucional se presta a atingir esse resultado, sua legitimidade está assegurada, independentemente do procedimento. Há, neste caso, uma imediata conexão entre a decisão a respeito de quem decide e o juízo a respeito de qual é a teoria mais justa.

Mesmo se teorias normativas defendem o diálogo, o resultado não leva ao descarte total dos procedimentos. Tanto procedimentos quanto resultados importam para a democracia. Neste caso, a teoria da justiça deve estar envolvida para a avaliação de qual é o procedimento que leva a resultados mais corretos. Contudo, isso não exclui e necessidade de encontrar um procedimento que seja condizente com os requisitos da democracia.

A recuperação desta tipologia permite que se identifique um caminho para o desenvolvimento de uma teoria normativa capaz de indicar parâmetros para um desenho institucional em larga escala, bem como fornece uma espécie de escala comparativa do grau de legitimidade democrática de cada desenho institucional.

Esse tipo de constrição normativa exige que se olhe para (i) teorias da justiça e (ii) valores por trás de cada conceito de democracia – em especial, da democracia deliberativa – para desenvolver, a partir da combinação de ambos, uma teoria normativa capaz de listar elementos institucionais relevantes no desenho institucional de cortes constitucionais, fugindo das armadilhas da generalização excessiva e do panglossianismo institucional.

⁴⁵⁰ Trata-se novamente da oposição entre teorias da última palavra e teorias do diálogo, a partir da tipologia de Hübner Mendes trazida no capítulo 2.

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu contribuir para a literatura teórico-normativa que defende a legitimidade do controle de constitucionalidade, bem como para a literatura que discute alternativas de desenho institucional para cortes constitucionais, por meio da análise de um elemento do desenho institucional do STF: os mecanismos de definição da agenda de julgamento.

O poder de definição da agenda de julgamentos é gênero, que engloba três subespécies – (i) o poder de liberação pelo relator, (ii) o poder de pauta do presidente e (iii) o poder que qualquer ministro possui de pedir vista. As regras formais e informais que regulam o comportamento dos ministros que compõem a corte estabelecem que compete ao Presidente da corte selecionar, dentre os casos liberados para julgamento pelo relator, aqueles que serão julgados pelo plenário físico em cada sessão de julgamento. Uma vez iniciado, o julgamento pode ser interrompido por pedidos de vista e, nesta hipótese, só retornará à pauta caso as vistas sejam devolvidas e o presidente opte por pautar novamente o caso. Muitas dessas regras são fruto da prática. Outras, do silêncio regimental ou até mesmo de sua expressa vedação. Mas fechar os olhos à prática na avaliação normativa do desenho institucional de um tribunal tão marcado por instituições informais levaria a conclusões descoladas da realidade.

A análise das consequências normativas dos poderes de agenda demandou um mapeamento prévio de recomendações institucionais presentes na teoria. A partir da adoção de uma espécie de raciocínio dedutivo, o objetivo foi partir dos elementos abstratos trazidos por cada teoria normativa para inferir, a partir deles, quais são as premissas institucionais subjacentes. O mapeamento revelou que se fala muito pouco sobre desenho institucional. Os elementos identificados são, em sua maioria, características que definem uma corte como corte – o funcionamento como ponto de veto, a estrutura colegiada, o dever de justificação, o insulamento da política. Teorias normativas mais exigentes acrescentam como requisitos a possibilidade de (i) decidir por não decidir ou (ii) a existência de ferramentas aptas a facilitar a deliberação. É pouco. Mas trata-se do ponto de partida normativo inevitável, e algumas conclusões são, de antemão, possíveis.

Ainda que o STF não possua jurisdição discricionária, os poderes de agenda possibilitam o controle do tempo e do contexto dos julgamentos. Todas as teorias normativas que partem de uma noção de política judicial na qual a corte é um ator político que interage com demais atores e com a sociedade incorporam a relevância do controle do tempo dos julgamentos. A depender da teoria normativa, este controle pode ser relevante para (i) permitir decisões de princípios sem ter de comprometê-las por concessões relacionadas à conjuntura política, (ii) postergar um

juízo para que a questão seja decidida pela arena legislativa, legítima para decidir questões de intenso desacordo moral, (iii) dosar reações da opinião pública, ou (iv) maximizar a performance deliberativa.

Mesmo as teorias normativas que defendem virtudes no controle sobre o tempo dos julgamentos não apresentam diretrizes para seu processo decisório. Não orientam, assim, como deveria ocorrer a decisão sobre quando decidir. Elas trazem, contudo, elementos relevantes para uma análise preliminar de qualquer desenho institucional de definição da agenda de julgamentos.

Para quase todas essas teorias, a decisão por não julgar é instrumental à decisão de julgar. É importante decidir quando julgar, em outras palavras, porque é importante julgar. Disto decorre a constatação de que a definição da agenda de julgamentos engloba, simultaneamente, um poder de julgar e de não julgar. O desenho institucional de definição da agenda pode criar elementos que facilitem ou dificultem o julgamento, e talvez a questão seja encontrar um ponto de equilíbrio.

Os elementos institucionais centrais a cada teoria normativa permitem, além disso, uma análise preliminar de legitimidade democrática, realizada a *contrário sensu* e em duas etapas: etapa de eficácia e etapa de legitimidade. O teste de eficácia seria destinado a verificar se o desenho institucional é capaz de atender às finalidades que cada teoria normativa confere ao controle do tempo dos julgamentos. Nas teorias normativas que trazem boas razões para o controle do tempo do julgamento, a eficácia das ferramentas de controle do tempo é um elemento relevante à construção da legitimidade da corte. Não é, porém, o único. Ainda que passe no primeiro teste, é preciso verificar se, no processo de atender às finalidades do controle do tempo, o desenho institucional produz consequências lesivas a pilares da legitimidade democrática para cada teoria normativa. Nesta segunda etapa do teste, foi possível utilizar como base de análise não apenas as teorias normativas que apontam virtudes no controle de agenda, como também aquelas para as quais o tempo não é uma preocupação.

Ao conferir poderes de obstrução de julgamento aos onze ministros que compõem o tribunal, o desenho institucional do STF favorece o não julgamento. Enquanto o poder de não julgar é concentrado em 11 ministros, cada qual com a oportunidade de decidir sozinho por vetar um julgamento, a decisão por julgar é pulverizada, porque exige a concordância de todos os ministros. A definição da agenda de julgamentos não passa por um engajamento colegiado, não é motivada, e é fragmentada em etapas distintas do tempo, de modo que o poder de veto pode ser tanto utilizado para obstruir o início de um julgamento quanto para, após iniciado, impedir sua finalização. Não existem, ainda, limites à demora razoável de um julgamento.

A fragmentação do poder de julgar em diversos atores criaria um problema de eficácia decorrente da dificuldade na gestão institucional do tempo. Os onze ministros dos quais depende a decisão sobre julgar podem partir de juízos de valor discrepantes entre si e não necessariamente agirão de modo coordenado. Por isso, o desenho institucional impõe uma dificuldade de precisar, de modo exato, o contexto temporal de determinado julgamento. Todos podem impedir um julgamento, mas a corte, como instituição, não possui o exato controle sobre quando julgar.

Ao lado desta patologia, é possível acrescentar mais um potencial problema de eficácia, que denominei ineficácia da interrupção de julgamentos. Ao contrário do primeiro problema de eficácia, este segundo problema estaria condicionado à constatação empírica – ainda inexistente na literatura – de que, uma vez proferido determinado voto, um ministro tem menos chances de alterá-lo, independentemente da passagem do tempo. Caso essa premissa hipotética se mostre verdadeira, é possível vislumbrar a ineficácia da interrupção de julgamentos como mecanismo de controle do tempo dos julgamentos, nas hipóteses em que o controle do tempo se presta a possibilitar decisões corretas ou maximizar a performance deliberativa. Esta segunda potencial patologia estaria conectada a um problema que não é próprio dos mecanismos de controle de agenda, mas sim do individualismo decisório.

O individualismo decisório, por sua vez, é a causa de todos os problemas identificados na segunda etapa do teste, que avaliou a legitimidade deste desenho institucional. Em razão da fragmentação em diversos atores, os poderes de agenda podem levar (i) à ausência de decisão, (ii) a prejuízos à performance deliberativa e (iii) ao aumento do risco de captura. O primeiro elemento seria deletério não apenas a três das quatro teorias normativas que defendem virtudes no controle do tempo, como também a todas as demais teorias normativas que não possuem uma visão mais sofisticada de política judicial. A ausência de decisão equivale ao não exercício do controle de constitucionalidade. Equivale a não funcionar como um ponto de veto a legislações potencialmente atentatórias a direitos, a não fornecer razões de princípios aptas a defender direitos, ou não fornecer razões capazes de mediar a interlocução com o debate público, e a não deliberar. Deixar de decidir equivale, na quase totalidade das teorias normativas mapeadas, a esvaziar o papel destinado à Corte Constitucional na democracia.

A ausência sobre uma deliberação a respeito de quando decidir, bem como o aspecto individual no exercício dos poderes de agenda, podem levar a prejuízos na performance deliberativa. Não há, contudo, diretrizes para a compatibilização da decisão sobre o tempo com a estrutura colegiada, de modo a satisfazer os requisitos da deliberação e, ao mesmo tempo, garantir a eficácia dos mecanismos de controle da agenda.

Por fim, a individualização dos mecanismos de controle da agenda também aumentaria o risco de captura, o que seria deletério a todas as teorias normativas que dependem do elemento institucional do insulamento da política. A concentração do poder de não julgar seria especialmente deletéria, pois possibilitaria a um único juiz a obstrução do julgamento. A pulverização do poder de julgar é um problema à eficácia dos poderes de agenda. Contudo, ela poderia, funcionar como um mecanismo imperfeito e contraproducente de autolimitação, não fosse a possibilidade de cumular o poder de obstruir julgamentos com o poder de proferir decisões monocráticas.

Todos os potenciais e sub-ótimos benefícios que poderiam provir deste arranjo, contudo, são esvaziados em razão da possibilidade de cumulação do desenho institucional dos poderes de agenda com o poder de proferir liminares monocráticas, outro elemento do desenho institucional do STF não relacionados ao tempo. Ao cumular o poder de deixar indefinidamente de julgar com o poder de proferir, sozinho, uma decisão em tese provisória, um ministro pode tomar a si o total controle sobre um caso. Pode, assim, decidir sozinho. Ainda neste caso, contudo, um desenho institucional fragmentado é melhor que um cenário no qual, além da concentração do poder de não julgar, e além da possibilidade de decidir sozinho, também o poder de julgar fosse concentrado em um único ator dentro da corte. No atual desenho do STF, isso só ocorre nas hipóteses de cumulação dos poderes de agenda com decisões monocráticas. A situação seria ainda pior, por isso, caso essa decisão individual fosse possível independentemente da cumulação com decisões monocráticas.

Este fato introduz duas consequências extremas dos poderes de agenda, presentes quando eles são cumulados com outros elementos do desenho institucional não relacionados ao tempo: a determinação pura do resultado e a influência na formação da maioria decisória.

É verdade que os poderes de agenda possuem problemas de eficácia e legitimidade próprios. Mas algumas de suas mais graves patologias só existem porque esses poderes de agenda estão inseridos em uma corte caracterizada pela individualização, em muitas outras esferas. É impossível apartar a análise das patologias nos poderes de agenda das demais patologias relacionadas ao individualismo decisório e já tão bem diagnosticadas na literatura. Por outro lado, parece ser muito difícil vislumbrar uma solução para essas patologias – ou mesmo uma forma de viabilizar o controle do tempo dos julgamentos – se o tribunal é, em geral, individualizado.

Enquanto outros problemas de individualização não forem resolvidos, é difícil vislumbrar que qualquer desenho institucional de controle do tempo dos julgamentos consiga ser eficaz e fugir de patologias identificadas.

Ainda assim, este mapeamento aponta para constatações importantes, e que devem ser consideradas em qualquer solução propositiva. A principal delas é a importância do tempo dos julgamentos. Extinguir qualquer possibilidade de controle institucional do tempo dos julgamentos seria prejudicial à construção da autoridade da corte e, para algumas teorias normativas, para o próprio exercício de sua função. Uma corte deve ser capaz de decidir quando decidir. O grande desafio é decidir quem é “a corte” e como será determinado o processo decisório. Essa é, contudo, uma questão de imaginação institucional.

Dizer que o desenho institucional prejudica a coordenação e, com isso, é ineficaz, não significa que seja impossível que, em algumas circunstâncias, a convergência de vontades permita que o tribunal frua das virtudes do controle do tempo dos julgamentos. Contudo, o desenho institucional não facilita que isso ocorra. É possível que, por meio dos poderes de agenda, um julgamento seja obstruído até a possibilidade de uma decisão de princípios, ou até a resolução do problema pelo legislativo, ou ainda de modo a dosar a reação da opinião pública e maximizar a performance deliberativa. Mas isso ocorrerá a despeito do desenho institucional, e não por causa dele.

Parece, assim, existir um aparente trade-off entre os benefícios do controle do tempo – que podem eventualmente existir – com os danos que o desenho institucional causa à democracia. Isso não significa ser impossível chegar a uma solução. Contudo, ela parece depender da resolução de outros problemas relacionados ao individualismo decisório. Não é possível extinguir os mecanismos de controle do tempo sem antes pensar em alternativas capazes de resolver patologias, mas sem tirar da corte um poder que lhe é tão importante como instituição.

A análise realizada neste trabalho é, contudo, inicial e exploratória. Há uma extensa agenda de pesquisa teórico-normativa pela frente. Para isso, é necessário fugir das armadilhas da extrema abstração das tipologias institucionais e do panglossianismo institucional para, só então, construir uma teoria normativa capaz de abarcar elementos institucionais em pequena escala e permitir uma espécie de comparação ou escala destinada a medir, comparativamente, o grau de legitimidade de distintos desenhos institucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce, Constitutional Politics/Constitutional Law, **The Yale Law Journal**, v. 99, n. 3, p. 453–547, 1989.

AGÊNCIA BRASIL, Fux libera para julgamento ação sobre auxílio-moradia de juízes, **Exame**, 19.12.2017, disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/fux-libera-para-julgamento-acao-sobre-auxilio-moradia-de-juizes/>>, acesso em: 13 mar. 2020.

ALMEIDA, Danilo dos Santos, **As Razões Ocultas do STF: um estudo sobre agenciamento de grupo na Corte**. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio De Janeiro/RJ, 2016.

ALVES, Paulo Cesar Amorim, **O tempo como ferramenta de decisão no STF: um mapeamento da seletividade do tribunal nos tempos processuais das ações diretas de inconstitucionalidade**. Monografia (especialização/iniciação científica) - Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo/SP, 2006)

ARANTES, Rogério Bastos; KERCHE, Fábio, Judiciário e democracia no Brasil, **Novos Estudos**, n. 54, 1999.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A., Timing control without docket control: How individual justices shape the brazilian supreme court's agenda, **Journal of Law and Courts**, v. 5, n. 1, p. 105–140, 2017.

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

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, Criatura e/ou criador: transformações do STF sob a Constituição de 1988, **Revista Direito GV**, v. 12, n. 2, p. 405–440, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro, **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 1, p. 13–32, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro, O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, 2016.

ARGUELHES; HARTMANN, Timing control without docket control: How individual justices shape the brazilian supreme court's agenda.

ARVIGO, Maru, **Pedido de vista como um poder individual sobre a deliberação**, Monografia (especialização/iniciação científica) - Escola de Formação - Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo/SP, 2016.

BARBOSA, Ana Laura Pereira, As Estratégias na Definição da Pauta de Julgamento: um olhar sobre o perfil da Corte Gilmar Mendes. Monografia (especialização/iniciação científica) - Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo/SP, 2015.

BENITES, Afonso. O controverso xadrez de Cármen Lúcia. **EL PAÍS**, 13.04.2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/11/politica/1523402462_659439.html>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BETIM, Felipe, STF abre caminho para limitar foro privilegiado de deputados e senadores, **EL PAÍS**, 23.11.2017, disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/23/politica/1511464819_756831.html> acesso em: 27 mar. 2020.;

BICKEL, Alexander M., **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**, New Haven: Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo, Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil), **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, p. 127–150, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo, *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais*, Edição: 2a. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRÍGIDO, Carolina, Toffoli ganha pontos com o governo ao adiar julgamento de drogas, **Época**, 17.06.2019, disponível em: <<https://epoca.globo.com/toffoli-ganha-pontos-com-governo-ao-adiar-julgamento-de-drogas-23745301>>, acesso em: 12 fev. 2020.

BUSTAMANTE, Thomas, Obiter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos, **Revista Direito GV**, v. 14, p. 707–745, 2018.

BUSTAMANTE, Thomas, On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review Be Morally Justified?, in: **Democratizing Constitutional Law**, New York, NY: Springer, 2016.

CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R., The discuss list: Agenda building in the Supreme Court, **Law and Society Review**, p. 807–836, 1990.

CALGARO, Fernanda, Após 4 meses parada na Câmara, PEC do foro privilegiado corre risco de ser engavetada, **G1**, disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/apos-4-meses-parada-na-camara-pec-do-foro-privilegiado-corre-risco-de-ser-engavetada.ghtml>>, acesso em: 27 mar. 2020.

CANTISANO, Pedro Jimenez; PEREIRA, Thomaz Henrique; MOHALLEM, Michael Freitas, **História Oral do Supremo [1988-2013]-Marco Aurélio**, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro, “Who Watches the Watchmen?” A Comparative Study on Judicial Responsibility, **The American Journal of Comparative Law**, v. 31, n. 1, 1983

CAPPELLETTI, Mauro; GONÇALVES, Aroldo Plínio; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Cleide. Para Lava-Jato, decreto de Temer sobre indulto é inconstitucional, **O Globo**, 27.12.2017, disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/para-lava-jato-decreto-de-temer-sobre-indulto-inconstitucional-22230660>>, acesso em: 15 jul. 2019.

CHAGAS, Carolina Alves, **O Supremo, uma ilha – o impacto das virtudes ativas e passivas do STF na democracia deliberativa brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, 2016.

COLON, Leandro. Usar Lula para discutir regra de prisão é “apequenar” STF, diz Carmen, **Folha de S. Paulo**, 30.01.2018, Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1954340-usar-lula-para-discutir-regra-de-prisao-e-apequenar-stf-diz-carmen.shtml>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

COMELLA, Victor Ferreres, The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization?, **International Journal of Constitutional Law**, v. 2, n. 3, 2004.

COMELLA, Victor Ferreres. **Constitutional courts and democratic values: a European perspective**. New Haven: Yale University Press, 2009.

COMELLA, Victor Ferreres. El control judicial de la constitucionalidad de la ley: el problema de su legitimidad democrática. *In*: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Orgs.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Ed. Trotta, 2010.

CONJUR, Gilmar Mendes devolve ação sobre financiamento empresarial de campanhas, **Consultor Jurídico**, 10.09.2015, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-10/gilmar-mendes-devolve-acao-questiona-doacoes-eleitorais>>, acesso em: 19 mar. 2020.

CORTÊS, Ana de Mello, **Em busca de diálogo e reconhecimento no STF: a atuação como amicus curiae nas causas relativas a pessoas trans**, Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, 2018.

CROSS, Frank B., Institutions and Enforcement of the Bill of Rights, **Cornell L. Rev.**, v. 85, p. 1529, 1999.;

CRUZ, Valdo. Carmen Lúcia pauta para 2 de maio retomada de julgamento de restrição do foro privilegiado, **G1**, 13.04.2018, disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/valdo-cruz/post/2018/04/13/carmen-lucia-pauta-para-2-de-maio-retomada-de-julgamento-de-restricao-do-foro-privilegiado.ghtml>>, acesso em: 11 fev. 2020.

DAHL, Robert A. **Democracy and its Critics**, New Haven: Yale University Press, 1989.

DAHL, Robert A., Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker Policy Making in a Democracy: The Role of the United States Supreme Court: Role of the Supreme Court Symposium, No. 1, **Journal of Public Law**, v. 6, n. 2, 1957.

DIAS, Michelle Souza. **STF e Seletividade Decisória: Prática Política e (Re) Desenho Institucional?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013)

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto, Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e a (auto)criação do processo objetivo, *in*: **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPED**, Brasília, 2008.

DIXON, Rosalind, The Core Case for Weak-Form Judicial Review, **Cardozo Law Review**, v. 38, p. 2193, 2016.

DUARTE, Guilherme, **How Many Justices Does it Take to Control the Court**, 2018. Disponível em: <https://files.osf.io/v1/resources/by3sw/providers/osfstorage/5c0e59049cdb9f0016679950?action=download&version=1&direct&format=pdf>. Último acesso: 23.08.2020.

DWORKIN, Ronald, **A matter of principle**, Cambridge: OUP Oxford, 1986.

DWORKIN, Ronald, **Freedom’s law: the moral reading of the American Constitution**, Cambridge: OUP Oxford, 1999.

- DWORKIN, Ronald, Hard cases, **Harv. L. Rev.**, v. 88, n. 6, 1975.
- DWORKIN, Ronald, **Justice for Hedgehogs**, Reprint edition. Cambridge, Mass.: Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2013.
- DWORKIN, Ronald, **Justice for Hedgehogs**, Reprint edition. Cambridge, Mass.: Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2013.
- DWORKIN, Ronald, **Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality**, Cambridge: Harvard University Press.
- DWORKIN, Ronald, **Taking rights seriously**, Edimburgo: A&C Black, 2013.
- EASTERBROOK, Frank H., Ways of Criticizing the Court, **Harvard Law Review**, v. 95, n. 4, p. 802, 1982.
- ELY, John Hart, **Democracy and distrust: A theory of judicial review**, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
- ELY, John Hart, Toward a representation-reinforcing mode of judicial review, **Md. L. Rev.**, v. 37, p. 451, 1977.
- EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard The best for last: the timing of US Supreme Court decisions. **Duke LJ**, v. 64, 2014.
- EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey A., Measuring issue salience, **American Journal of Political Science**, p. 66–83, 2000.
- EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey A.; VICTOR, Jennifer Nicoll, Dynamic agenda-setting on the United States supreme court: An empirical assessment, **Harv. J. on Legis.**, v. 39, p. 395, 2002.
- ESCOSTEGUY, Diego. Análise: Fachin quebra a defesa de Lula no Supremo, **O Globo**, 09.02.2018, disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/analise-fachin-quebra-defesa-de-lula-no-supremo-22386273>. Acesso em: 23.12.2020.
- ESTADÃO CONTEÚDO, Gilmar Mendes barra execução de pena em 2ª instância de quatro condenados. **Istoé** 14.03.2018, Disponível em: <https://istoe.com.br/gilmar-mendes-barra-execucao-de-pena-em-2a-instancia-de-quatro-condenados/>. Acesso em: 14 ago. 2019.
- ESTADÃO CONTEÚDO, Temer desiste de editar indulto de Natal em 2018, **Exame**, 30.12.2018, disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/temer-desiste-de-editar-indulto-de-natal-em-2018/>, acesso em: 15 jul. 2019.
- ESTEVES, Luiz Fernando Gomes, Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal, **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 129–154, 2020.
- ESTEVES, Luiz Fernando Gomes.; RECONDO, Felipe. A pauta de Toffoli em 2019: Transparência, eficiência e previsibilidade? Jota, 10.07.2019.
- FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck, **Onze Supremos: todos contra o plenário**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2016., pp.57-59; 60-62; 80-81.
- FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P., **III Relatório Supremo em números: o Supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de, O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?, **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 88, p. 429–469, 2013.

FALLON, Richard H. Jr, The Core of an Uneasy Case for Judicial Review, **Harvard Law Review**, Av. 121, p. 1693, 2007.

FALLON, Richard H., **Law and legitimacy in the Supreme Court**, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2018.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale, Constitutional Adjudication: Lessons from Europe Symposium: Comparative Avenues in Constitutional Law - Constitutional Structures and Institutional Designs, **Texas Law Review**, v. 82, n. 7, p. 1671–1704, 2003.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale, Rule of democracy and rule of law, **Democracy and the Rule of Law**, v. 5, p. 242, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de direito constitucional. rev. e atual, **São Paulo: Saraiva**, 2012.

FERREIRA, Carolina Cutrupi; LANGENEGGER, Natalia; SILVA, Marina Jacob Lopes da, **Construção de ementas das decisões do STF**, FGV Direito SP, Série n. 125, 2015. Disponível no SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2623294>. Último acesso: 23.12.2020.

FISS, Owen M., The limits of judicial independence, **U. Miami Inter-Am. L. Rev.**, v. 25, p. 57, 1993.

FONTAINHA, Fernando de Castro *et al*, **História Oral do Supremo [1988-2013]-Nelson Jobim**, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fábio Ferraz de, **História Oral do Supremo [1988-2013]-Cezar Peluso**, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015.

FONTANA, David, Docket Control and the success of constitutional courts, *in*: **Comparative constitutional law**, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

FONTE, Felipe de Melo, Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual no STF, *in*: **Jurisdição constitucional em 2020**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263–289.

FRIEDMAN, Barry, Dialogue and Judicial Review, **Michigan Law Review**, v. 91(4).

FRIEDMAN, Barry, **Mediated Popular Constitutionalism**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2003.

FRIEDMAN, Barry, The Politics of Judicial Review, **Texas Law Review**, v. 84, p. 257, 2005.

FRIEDMAN, Barry, **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

FRIEDMAN, Barry, Things Forgotten in the Debate over Judicial Independence, **Ga. St. UL Rev.**, v. 14, p. 737, 1997.

FROUFE, Celia. “Nos fingimos de espertos e criamos um grave problema”, diz Gilmar sobre decisão do Supremo, **Estadão**, 05.04.2018, disponível em:

<<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,supremo-tera-que-julgar-segunda-instancia-quase-que-de-imediato-diz-gilmar,70002255626>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

G1. “Não há razões para isso”, diz Cármen Lúcia sobre STF voltar a julgar prisão após condenação em 2ª instância. **G1**, 19.03.2018, disponível em: <<https://glo.bo/2VFKi1k>>. Acesso em: 10 abr. 2019

GARDBAUM, Stephen, The New Commonwealth Model of Constitutionalism, **The American Journal of Comparative Law**, v. 49, n. 4, 2001.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom, Reputation, Information and the Organization of the Judiciary, Rochester, NY: **Social Science Research Network**, 2009.

GLEZER, Rubens, **Catimba Constitucional: o STF, do antijogo à crise constitucional.**, São Paulo: Almedina, 2020.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella.** São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/id/10962942>>. Acesso em: 24 dez. 2020.

GODOY, Miguel. ARAÚJO, Eduardo. Plenário virtual ampliado: o que temos e vemos até agora. Jota, 22.05.2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/stf/supra/plenario-virtual-ampliado-o-que-temos-e-vemos-ate-agora-22052020>>. Acesso em: 24.12.2020.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago, Das 11 ilhas ao centro do arquipélago: os superpoderes do presidente do STF durante o recesso judicial e férias, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 740–756, 2018.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago; OLIVEIRA, Tassiana Moura. Entre Decisões Individuais e Deliberações Colegiadas: decidindo como decidir, influenciando o resultado, **Sequência (Florianópolis)**, n. 81, p. 10–31, 2019.

GOMES, Juliana Cesario Alvim, Cancelas invisíveis: Embargos auriculares, legitimidade ativa e a permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal. **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 55–82, 2020.

GUEST, Stephen, **Ronald Dworkin**, Stanford: Stanford University Press, 2012.

GUIMARÃES, Livia Gil, **Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso, prática e lobby**, Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2017.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R., Political Science and the Three New Institutionalisms, **Political Studies**, v. 44, n. 5, p. 936–957, 1996). A importância das instituições informais é, contudo, enfatizada em estudos de distintas escolas de pensamento do novo institucionalismo.

HARTNETT, Edward A., Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years after the Judges’ Bill, **Columbia Law Review**, v. 100, n. 7, p. 1643–1738, 2000

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

HELMKE, Gretchen; LEVITSKY, Steven, Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda, **Perspectives on Politics**, v. 2, n. 04, p. 725–740, 2004.

JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark V., **Comparative constitutional law**, St. Paul, MN : Foundation Press, 2014.

JAKAB, András; DYEYRE, Arthur; ITZCOVICH, Giulio (Orgs.). **Comparative constitutional reasoning**. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2017.

JUNGBLUT, Cristiane, CCJ da Câmara votará PEC do foro privilegiado um dia antes de STF retomar o assunto, **O Globo**, 22.11.2017, disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/ccj-da-camara-votara-pec-do-foro-privilegiado-um-dia-antes-de-stf-retomar-assunto-22072793>>, acesso em: 27 mar. 2020.

KATYAL, Neal Kumar, Judges as advicegivers, **Stanford Law Review**, Vol. 50, 1998, p. 1709–1824.

KLAFKE, Guilherme Forma, Os Acórdãos do STF como documentos de pesquisa e suas características distintivas, Rochester, NY: **Social Science Research Network**, 2015.

KORNHAUSER, Lewis A., **Deciding Together**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2013.

KORNHAUSER, Lewis A., Modeling collegial courts I: Path-dependence, **International Review of Law and Economics**, v. 12, n. 2, p. 169–185, 1992.

KORNHAUSER, Lewis A., Modeling Collegial Courts. II. Legal Doctrine, **Journal of Law, Economics and Organization**, v. 8, p. 441–470, 1992.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G., The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts, **California Law Review**, v. 81, p. 1–60, 1993.

KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence, Unpacking the Court, **Yale Law Journal**, v. 96, n. 1, 1986.;

KUMM, Mattias, Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review, **European Journal of Legal Studies**, v. 1, n. 2, p. 153–183, 2007.

LANDA, Dimitri; LAX, Jeffrey R., Legal Doctrine on Collegial Courts, **The Journal of Politics**, v. 71, n. 3, p. 946–963, 2009.

LANGENEGGER, Natalia; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme, Crítica à estrutura do Supremo Tribunal Federal por meio de teoria de agência: repensando a racionalidade da Corte., *in*: **XXI Congresso Nacional do CONPEDI ‘O Novo Constitucionalismo Latino Americano: os desafios da sustentabilidade’**, Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 396-420.

LELLIS, Leonardo, Lula já pode solicitar progressão de regime — mas ele não quer, **VEJA**, 23.09.2019, disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/lula-ja-pode-solicitar-progressao-de-regime-mas-ele-nao-quer/>>, acesso em: 14 fev. 2020.

LEWIS, David A.; ROSE, Roger P., Case Salience and the Attitudinal Model: An Analysis of Ordered and Unanimous Votes on the Rehnquist Court, **Justice System Journal**, v. 35, n. 1, p. 27–44, 2014.

LIST, Christian; PETTIT, Philip, On the Many as One: A Reply to Kornhauser and Sager, **Philosophy & Public Affairs**, v. 33, n. 4, p. 377–390, 2005.

LOPES, Felipe, Dissent Aversion and Sequential Voting in the Brazilian Supreme Court, Rochester, NY: **Social Science Research Network**, 2019.

- MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MAHONEY, Julia, Kelo's Legacy: Eminent Domain and the Future of Property Rights, **The Supreme Court Review**, 2005.
- MANN, Roni, Non-ideal theory of constitutional adjudication, **Global Constitutionalism**, v. 7, n. 1, p. 14–53, 2018.
- MAUAD, Giovanna Perez, **O Supremo Tribunal Federal e as decisões monocráticas: uma análise crítica sobre colegialidade**, Monografia (especialização/iniciação científica) - Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Pública, São Paulo/SP, 2019.
- MAZUI, Guilherme; CARAM, Bernardo; CASTILHOS, Roniara, Temer assina decreto de intervenção federal na segurança do Rio de Janeiro, **G1**, 16.02.2018, disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-assina-decreto-de-intervencao-federal-na-seguranca-do-rio-de-janeiro.ghtml>>, acesso em: 27 mar. 2020.
- MENDES, Conrado Hübner, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MENDES, Conrado Hübner, **Controle de constitucionalidade e democracia**, São Paulo: Elsevier Brasil, 2008.
- MENDES, Conrado Hübner, Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF, **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, p. 337–361, 2011.
- MENDES, Conrado Hübner, Is it all about the last word? Deliberative separation of powers, **Legisprudence**, v. 3, n. 1, p. 69–110, 2009.
- MENDES, Conrado Hübner, Not the last word, but dialogue: Deliberative separation of powers II, **Legisprudence**, v. 3, n. 2, p. 191–246, 2009.
- MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP, **Folha de S.Paulo**, 28.01.2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>, acesso em: 14 set. 2020.
- MENDES, Conrado Hübner., Neither dialogue nor last word: Deliberative separation of powers III, **Legisprudence**, v. 5, n. 1, p. 1–40, 2011.
- MOURA, Rafael Moraes; PUPO, Amanda, Voto de Rosa Weber deve indicar rumo de julgamento da 2ª instância no STF - Política, **Estadão**, 24.10.2019, disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,rosa-weber-deve-indicar-rumo-de-julgamento-da-2-instancia-no-stf,70003061499>>, acesso em: 26 maio 2020.
- NETTO, Vladimir; OLIVEIRA, Mariana; D AGOSTINO, Rosiane. 22 presos da Lava Jato podem ser beneficiados se Temer reeditar decreto de indulto; veja lista, **G1**, 27.11.2018, disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/11/27/22-presos-da-lava-jato-podem-ser-beneficiados-se-temer-reeditar-decreto-de-indulto.ghtml>>, acesso em: 15 jul. 2019.
- NINO, Carlos Santiago, **The constitution of deliberative democracy**, New Haven: Yale University Press, 1998.
- NOTÍCIAS STF, **Jobim divulga balanço do semestre e anuncia metas para reduzir tempo de julgamentos**, Notícias STF, 01.07.2005, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=65157>>, acesso em: 24 mar. 2020.

OLIVEIRA, Fabiana Luci . Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no STF. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 3, p. 1863–1908, 2017.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de, Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula, **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 27, n. 80, p. 89–115, 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci, Processo decisório no STF: coalizões e “panelinhas”, **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 44, 2012.

OLIVEIRA, Mariana, Fux suspende auxílio-moradia de juízes e membros do Ministério Público, **G1**, 26.11.2018 disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/11/26/fux-suspende-auxilio-moradia-de-juizes-e-membros-do-ministerio-publico.ghtml>>, acesso em: 13 mar. 2020.

OWENS, Ryan J., The Separation of Powers and Supreme Court Agenda Setting, **American Journal of Political Science**, v. 54, n. 2, p. 412–427, 2010.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; FERNANDES, Hellen Caroline Pereira, Três razões que explicam a instabilidade da Suprema Corte Brasileira, seus problemas e efeitos, **THEMIS: Revista da Esmec**, v. 17, n. 2, p. 17–46, 2019.

PASQUINO, Pasquale, Prolegomena to a Theory of Judicial Power: The concept of judicial independence in Theory and History, **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 2, n. 2, 2010.

PASSARINHO, Nathalia. CNJ aprova pagamento de auxílio-moradia de R\$ 4,3 mil para juízes, **G1**, 07.10.2014, disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/10/cnj-aprova-auxilio-moradia-de-r-43-mil-para-juizes.html>>, acesso em: 13 mar. 2020.

PEREIRA, Joelma. Aprovado no Senado, fim do foro privilegiado encalha na Câmara. **Congresso em Foco**. 26.09.2017, Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/aprovado-no-senado-fim-do-foro-privilegiado-encalha-na-camara/>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

PERRY, Hersel W., **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**, Cambridge: Harvard University Press, 2009.;

PETERS, Cristopher; DEVINS, Neil; Alexander Bickel and the new judicial minimalism, *in*: **Judiciary and American Democracy, The: Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory**, Albany: SUNY Press, 2012.

POMPEU, Ana, Fux retira processos sobre auxílio-moradia da pauta do plenário do Supremo, **Consultor Jurídico**, 21.03.2018, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-21/fux-retira-processos-auxilio-moradia-pauta-pleno-stf>>, acesso em: 13 mar. 2020.

POZAS-LOYO, Andrea *et al*, When and Why do “Law” and “Reality” Coincide? De Jure and De Facto Judicial Independence in Chile and Mexico, *in*: **Evaluating accountability and transparency in Mexico: national, local, and comparative perspectives**, San Diego: University Readers, 2007.

RAWLS, John, **Political liberalism**, Columbia: Columbia University Press, 2005.

RÍOS-FIGUEROA, Julio, **Judicial Independence: Definition, Measurement, and Its Effects on**, Tese (Doutorado em Direito), New York University, Nova York, 2006.

ROUX, Theunis, **The politics of principle: The first South African constitutional court, 1995–2005**, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

SARDINHA, Edson, Senador reúne apoio exigido para votação do fim do foro privilegiado, **Congresso em Foco**, 16.03.2020, disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/senador-reune-apoio-necessario-para-votacao-do-fim-do-foro-privilegiado/>>, acesso em: 27 mar. 2020.

SENADO NOTÍCIAS. Fim do foro privilegiado é aprovado em primeiro turno por unanimidade, **Senado Notícias**, 26.04.2017, disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/26/fim-do-foro-privilegiado-e-aprovado-em-primeiro-turno-por-unanimidade>>, acesso em: 27 mar. 2020.

SENADO NOTÍCIAS. Senado aprova o fim do foro privilegiado, que segue para a Câmara, **Senado Notícias**, 31.05.2020, disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/31/senado-aprova-o-fim-do-foro-privilegiado-que-segue-para-a-camara>>, acesso em: 11 fev. 2020.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone, **On law, politics, and judicialization**, Cambridge: Oxford University Press, 2002.

SILVA, Jeferson Mariano, Mapeando o Supremo: As posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017), **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 1, p. 35–54, 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. rev. e atual, **São Paulo: Malheiros**, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da, “Um voto qualquer?” O papel do ministro relator na deliberação no STF, **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 1, n. 1, p. 180–200, 2015.;

SILVA, Virgílio Afonso, O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian, **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, p. 648–669, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da, O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública, **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, n. 0, 2009;

SILVA, Virgílio Afonso, Deciding without deliberating, **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013.p.572

SILVA, Virgílio Afonso, O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública, **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197–227, 2009.

SIQUEIRA JUNIOR, Flavio, **As decisões liminares em controle concentrado de constitucionalidade concedidas durante o período de recesso do STF**, Dissertação (Mestrado em Direito) - UFABC, São Bernardo do Campo/SP, 2017.

STF, Relatório de Atividades de 2019. Secretaria-Geral da presidência e Secretaria de Gestão Estratégica do STF, 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/2020_01_24_13.08_relatoriodeAtividades2019_completo.pdf).

STONE SWEET, Alec, **Governing with judges: constitutional politics in Europe**, Repr. Oxford: Oxford Univ. Press, 2002

SUNSTEIN, Cass R., Incompletely Theorized Agreements, **Harvard Law Review**, v. 108, n. 7, p. 1733–1772, 1995.

SUNSTEIN, Cass R., **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**, Cambridge, Mass. London: Harvard University Press, 2001.

SWEET, Alec Stone, **Governing with judges: constitutional politics in Europe**, Cambridge: OUP Oxford, 2000.

TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Edição: 1. Stanford: Stanford University Press, 2008.

TEIXEIRA, Matheus, STF sinaliza mudança de entendimento sobre execução antecipada da pena, **Consultor Jurídico**, 08.08.2017, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-08/stf-sinaliza-mudanca-posicao-execucao-antecipada-pena>>, acesso em: 28 mar. 2020.;

TUROLLO Jr, Reynaldo. Toffoli desmarca debate sobre descriminalização do porte de drogas, **Folha de S.Paulo**, 30.05.2019, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/toffoli-desmarca-debate-sobre-descriminalizacao-do-porte-de-drogas.shtml>>, acesso em: 12 fev. 2020.

TUSHNET, Mark, Policy distortion and democratic debilitation: Comparative illumination of the countermajoritarian difficulty, **Michigan Law Review**, v. 94, n. 2, 1995.

TUSHNET, Mark, The jurisprudence of constitutional regimes: Alexander Bickel and Cass Sunstein, *in*: **The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory**, Albany: SUNY Press, 2012.

URIBE, Gustavo; TUROLLO Jr., REYNALDO. Sem decisão do STF, Temer considera não editar indulto natalino neste ano, **Folha de S.Paulo**, 19.12.2018, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/12/sem-decisao-do-stf-temer-considera-nao-editar-indulto-natalino-neste-ano.shtml>>, acesso em: 15 jul. 2019.

VERMEULE, Adrian, Many-Minds Arguments in Legal Theory, Rochester, NY: **Social Science Research Network**, 2008.

VERMEULE, Adrian, **Mechanisms of democracy: institutional design writ small**, New York: Oxford University Press, 2007.

VERMEULE, Adrian, Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law, **Yale Law Journal**, v. 111, n. 2, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena, Supremocracia, **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441–463, 2008.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa, Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF, **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, p. 021–044, 2009..

VOLCANSEK, Mary L., Constitutional courts as veto players: Divorce and decrees in Italy, **European Journal of Political Research**, v. 39, n. 3, p. 347–372, 2001.

WALDRON, Jeremy, Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts Essay, **Yale Law Journal**, v. 123, p. 1692–1731, 2013.

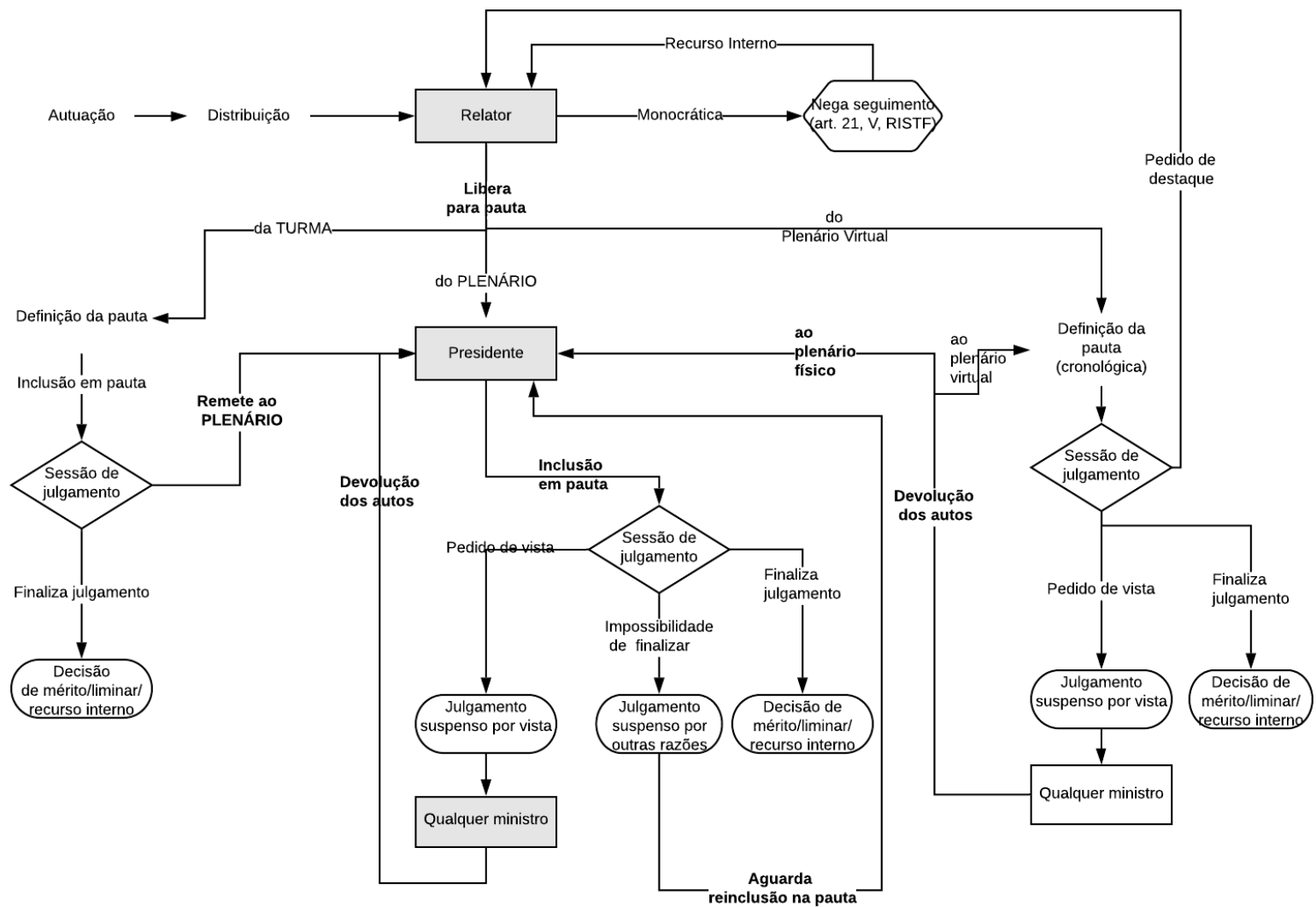
WALDRON, Jeremy, **Political Political Theory – Essays on Institutions**, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy, The core of the case against judicial review, **Yale Ij**, v. 115, 2005.

ZURN, Christopher F., **Deliberative democracy and the institutions of judicial review**, Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press, 2007.

Apêndice 1 – Etapas na definição da agenda de julgamento do STF

Figura 1. Diagrama que esquematiza o momento de utilização das ferramentas de definição da agenda no curso do processo



Apêndice 2 - Tabela comparativa das teorias normativas, por recomendação institucional

Autor	Limites institucionais	Ponto de veto	Justificação	Estrutura Colegiada	Independência judicial	Virtudes passivas	Facilitadores da deliberação
Ackerman							
Tushnet							
Waltdron							
Dixon	Sim						
Nino	Sim						
Dahl	Sim		Sim				
Ely	Sim		Sim				
Dworkin			Sim	Sim	Sim		
Fallon		Sim					
Sunstein		Sim				Sim	
Nino	Sim					Sim	
Friedman		Sim	Sim				
Kumm		Sim	Sim	Sim			
Rawls		Sim	Sim				
Stone-Sweet	Sim	Sim	Sim				
Bickel		Sim	Sim			Sim	
Ferejohn e Pasquino		Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Hübner Mendes		Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim

Tabela 1.. Esquematização visual das principais teorias normativas analisadas ou mencionadas neste capítulo, relacionadas com as suas respectivas recomendações institucionais. Nas linhas, listagem dos autores, do menos exigente em termos institucionais ao mais exigente. A cor do preenchimento das linhas indica o grupo no qual cada autor se enquadra, de acordo com a tipologia de Conrado Hübner Mendes (Op. Cit., 2009 e Op. Cit., 2013). Linhas em cor amarela referem-se a teóricos da última palavra, e linhas em cor laranja, a teóricos do diálogo. A intensidade da coloração laranja refere-se a qual o papel da corte no diálogo, como guardião do diálogo (laranja claro), interlocutor (laranja) ou instância deliberativa (laranja escuro).